C. SCHMITT

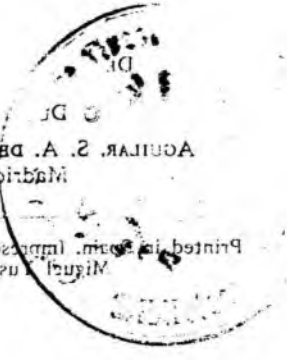
LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

AGUILAR

CARL SCHMITT

LEGALIDAD
Y
LEGITIMIDAD

Traducción de
JOSE DIAZ GARCIA
Doctor en Derecho



TOLLE, LEGE
AGUILAR

DEPÓSITO LEGAL. M. 17928.—1971.

© DUNCKER & HUMBLOT, 1968

AGUILAR, S. A. DE EDICIONES, Juan Bravo, 38,
Madrid (España), 1971.

Printed in Spain. Impreso en España por Gráficas E. M. A.,
Miguel Yuste, 31, Madrid.—1971.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

El ensayo titulado *Legalidad y Legitimidad* fue publicado en Munich y Leipzig por la editorial Duncker y Humblot en el verano de 1932, con la advertencia de que el mismo había sido terminado el 10 de julio de dicho año.

1. La crisis de aquella época afectó profundamente al concepto mismo de la Constitución. El ensayo en cuestión era, pues, un último y desesperado intento para salvar el sistema presidencialista, la última *chance* [1] de la Constitución de Weimar, ante una jurisprudencia que se negaba en absoluto a hablar, ni para bien ni para mal, de la Constitución. Esto es lo que le da una intensidad realmente dramática. Dicho trabajo hubo de tropezar con una fuerte resistencia, precisamente en lo que respecta a su tesis central, a saber: que la legalidad de un partido podrá negarse tan solo en el caso en que se limite la facultad de reformar la Constitución. Precisamente esta tesis fue recusada por los más destacados profesores de Derecho constitucional por considerarla antijurídica, al par que se la descalificaba como Derecho político ilusorio.

[1] Vid. nota pág. 40.

En la pág. 46 del ensayo se reconoce y establece el proceso en cuya virtud un partido accede al poder por la puerta de la legalidad, para cerrarla tras de sí seguidamente en detrimento de sus enemigos políticos, así como también se bosqueja un tipo de revolución legal. En las págs. 76-77 hacemos una referencia, bastante amplia por cierto, a nuestra obra *Der Hüter der Verfassung,* de 1931, así a la polémica con los más caracterizados demócratas y profesores de Derecho constitucional de la época de Weimar. Ni la amplitud ni la mención de citas propias corresponden realmente a mi estilo, pero, en aquellos momentos, se trataba de una protesta y de un juramento. El final del ensayo constituye un toque de atención, y la última frase del mismo "la verdad se vengará" una llamada de socorro. Pero esta llamada fue desoída. Sin embargo, sería injusto e inconveniente el querer trazar una historia del sistema presidencialista de la Constitución de Weimar sin conocer a fondo dicho ensayo y valorar sus posibilidades.

¿Por qué cayó en el vacío esta llamada de urgencia? "La teoría según la cual la facultad para llevar a efecto ciertas reformas en la Constitución no implica la autorización para transformar fundamentalmente la estructura de la misma ha sido reconocida expresamente en el art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn y en numerosas constituciones de los Estados alemanes. Desgraciadamente, esta opinión que a nosotros nos parece tan lógica encontró muy poca aceptación en

la época de Weimar. Gerhard Anschütz, el célebre comentarista de la Constitución del Reich, opina que las reformas de la Constitución no pueden destruir la sustancia política de la misma, terminando con la advertencia de que a menos de que se trate de una exigencia política apreciable de *lege ferenda,* en el Derecho constitucional de Weimar no encontrará apoyo alguno" (Hans Schneider: "Das Ermächtigungsgesetz vom 24 März 1933", *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte,* julio 1933, pág. 216; el artículo en cuestión fue editado por separado en forma de folleto). Otros ejemplos similares pueden encontrarse en las páginas 73-75 de nuestro texto.

El positivismo jurídico, a la sazón predominante, estaba basado en la creencia en el poder casi omnímodo del legislador y en la plausible consecuencia de que, si bien el legislador ha de tener un gran poder, las facultades de aquel que puede introducir reformas en la Constitución han de ser forzosamente mucho mayores. Esta teoría que entonces predominaba no tenía en cuenta sus premisas históricas y teóricas. No comprendía que, en realidad, la legalidad no era en su origen otra cosa que un producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad, más no su absoluto contraste. La general neutralización axiológica pertenecía al funcionalismo general y hacía de la democracia la ideología de un relativismo fundamental. En un sentido filosófico jurídico, esta tendencia halló su expresión en el importante manual de Filosofía del Derecho

de Gustav Radbruch, en cuya tercera edición, aparecida precisamente en 1932, podía leerse la siguiente advertencia: "Quien tiene derecho a imponer la ley prueba con ello que está capacitado para hacerlo... Despreciamos al sacerdote que predica en contra de sus propias convicciones, mas admiramos al juez que, con plena conciencia de su misión, sigue su camino rectamente sin dejarse arrastrar por las pasiones".

2. Esta era asimismo la doctrina jurídica defendida con la máxima autoridad por un eminente jurista, Ministro de Justicia durante el período de la Constitución de Weimar. Otro ilustre jurisconsulto, el inteligente y demócrata Georg Quabbe, en un comentario crítico a mi ensayo, publicado en el *Vossischen Zeitung* el 11 de septiembre de 1932, empleaba la palabra "granujada". Sin embargo, no sería justo considerar esta obcecación como la consecuencia de una estrechez positivista de miras y de un aislamiento profesional, como es el caso en las especializaciones de una actividad de carácter científico en la que predomina la división del trabajo. Correspondía más bien al optimismo legislativo de la época anterior, el considerar fundamentalmente a la ley no como medio de estabilización, sino como medio y sistema para llevar a cabo una reforma pacífica al par que una progresiva evolución. Para la socialdemocracia, el miembro más fuerte de la coalición de Weimar, esto vino a añadirse a lo que Otto Kirchheimer, en su artículo titulado "Vom Wandel der politischen Opposi-

tion" (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 1957, pág. 67) llama la "quimera de la mayoría del 51 por 100", "que en la literatura socialista de la época anterior desempeñó semejante papel y que sirvió para transformar *uno actu* el orden de la sociedad como si se tratase de una varita mágica".

Sin embargo, esta "quimera", como la llama Otto Kirchheimer, se había reconocido ya como tal en el año 1932. "En las respuestas que han dado Lenin, Trotski y Radek a la obra de Kautsky—*Terrorismus und Kommunismus,* 1919—no puede caber ya duda alguna de que no existen ni siquiera razones de principio contra el empleo de las formas democráticas, sino que esta cuestión, al igual que todas las demás, incluyendo la de la legalidad y la ilegalidad, tiene que ser contestada de manera distinta, según las circunstancias del país singular, y es tan solo una de las medidas estratégicas y tácticas del plan comunista". (Carl Schmitt: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf,* página VI, Munich, 1921). A pesar de todo ello, parece ser que aquella quimera ha sido sumamente pertinaz, ya que se encuentran rasgos de ella en el Art. 41 de la Constitución de Hesse, de 1 de diciembre de 1946. En las Constituciones de los otros *Länder* de la República Federal no existen indicios de la susodicha quimera.

La legalidad, como una de las tres formas típicas de la legitimidad, en el sentido de Max Weber—carismática, tradicional y racional—, presupone una normalización racional. "Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, entonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición..., puede hacerse legal" (véanse págs. 31-32 y 71 y sigs). El positivismo jurídico predominante en el año 1932 hubo de reconocer esta lógica, encontrándola incluso evidente por sí misma.

3. Cuando el Estado legislativo se transforma en Estado administrativo, predominan las *disposiciones* o *medidas* (*Massnahme*), lo cual requiere una explicación de las relaciones entre leyes y disposiciones. La alusión al "valor" puro, en contraste con la "mera utilidad o conveniencia", es tan solo una especie de evasión ante el verdadero problema. La distinción entre leyes y disposiciones fue discutida ampliamente en el primer congreso de la Asociación de Catedráticos y Profesores alemanes de Derecho Político, celebrado en el año 1924, y aparece plasmada en las comunicaciones presentadas sobre la dictadura del Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar. Tanto las experiencias de los estados de sitio y de guerra, durante la primera guerra mundial, como la aplicación del art. 48,

durante el período de la Constitución weimariana, han utilizado indistintamente las disposiciones como ordenanzas o decretos, y estos, a su vez, como disposiciones. El puente jurídico normal se hallaba en la concesión legislativa de poderes, y al fallar esta, como consecuencia del carácter negativo de la mayoría parlamentaria, hubo de ponerse de manifiesto la aplicación del artículo 48 como puente de urgencia para la salvación de la Constitución ante un Parlamento que ya no era capaz de conceder las necesarias autorizaciones y toleraba, por ello, la práctica normativa del art. 48.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 pretende restaurar el concepto clásico de la ley; por ello, considera a la ley como norma general cuando se trata de establecer limitaciones a los derechos fundamentales (art. 19, párrafo 1). También procura limitar a las disposiciones el puente legal existente en toda concesión legislativa de poderes (art. 80). Gerhard Wacke considera como anticonstitucional la concesión de facultades a una disposición de este tipo *(Staatsrechtliche Prüfung der Zusatzsteuer. Kritische Untersuchungen zu § 8 des Umsatzsteuergesetzes,* Colonia, 1957). En realidad, en la Ley Fundamental de Bonn son inevitables las leyes-disposiciones *(Massnahme-Gesetze),* tratándose de reconocer y ordenar de una manera justa la evolución experimentada. La Ley Fundamental llega a sancionar la "expropiación en virtud de ley" (art. 14), es decir, el caso más importante de una ley-dis-

posición y la irrupción más decidida y manifiesta de las disposiciones en el terreno de la ley.

En su importante artículo "Über Massnahme-Gesetze" *(Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,* Munich, 1955, págs. 221-36) aborda Ernst Forsthoff el problema de la particularidad de las leyes-disposiciones, especialmente en lo que concierne al hecho de que las leyes-disposiciones del control judicial y administrativo ofrecen una interpretación distinta a la de las leyes normales. Kurt Ballerstedt ("Uber wirtschaftliche Massnahme-gesetze", *Festschrift zum 70 Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler,* Karlsruhe, 1957, págs. 368-402) llega a la conclusión de que el Derecho económico, considerado como disciplina cerrada e independiente, no puede prescindir de la distinción entre leyes jurídicas y leyes-disposiciones y que, por el contrario, es precisamente con ayuda de dicha distinción con la que se podrá comprender mejor el problema jurídico que plantea la intervención del Estado en el campo de la economía; por otra parte, esta distinción es también imprescindible para entender las garantías de libertad contenidas en el art. 2, párrafos 1, 9, 12 y 14 de la Ley Fundamental.

Así, pues, la distinción entre leyes y disposiciones ha penetrado en la propia ley y ha llevado a establecer una distinción entre leyes jurídicas y leyes-disposiciones o normativas. Con ello, no

se hace otra cosa que poner de manifiesto la progresiva evolución hacia el Estado administrativo providencia. La legalidad constituye un modo de operar de la burocracia, y la burocracia del bien común, encaminada a conseguir la previsión social de las masas industriales, no se limita tan solo al concepto de ley basado en la distinción clásica entre Estado y Sociedad, sino que sabe adaptarse a los conceptos jurídicos del progreso socioestatal.

4. En relación con los postulados de legalidad e igualdad de "chance" (véase pág. 40), se ha desarrollado una teoría de las tres *primas* a la posesión legal del poder: presunción de legalidad, cumplimiento y obediencia previas *(obéissance préalable),* e interpretación de las cláusulas generales. La importancia teórica y práctica de estas tres primas es tan grande que ninguna teoría de la Constitución ni ninguna Filosofía del Derecho puede prescindir de ellas. Ya hemos indicado en otro lugar que una valoración real de los controles jurídico-constitucionales del legislador ha de tener siempre presente estas tres primas. Por otra parte, cualquier doctrina jurídica sólida del derecho de resistencia ha de partir forzosamente de las mismas. Sin embargo, esta teoría o doctrina de las primas normales ha pasado inadvertida.

Por el contrario, existen otra clase de primas que, al menos en los escritos de autores extranjeros, ha encontrado general aceptación: las lla-

madas primas electorales que dan lugar a que, en casos de dispersión del cuerpo electoral, se consiga una mayoría artificial o ilusoria, ya que confieren unos mandatos complementarios o adicionales a una determinada participación en los sufragios o mandatos. Ejemplos significativos de este tipo los encontramos en la ley electoral francesa de 9 de mayo de 1951 y en la ley electoral italiana de 31 de marzo de 1953, es decir, los procedimientos del llamado *apparentement*; consúltese sobre ello la obra de Georges Burdeau, *Traité de Science Politique* VI, págs. 251 y sgs. Las cláusulas prohibitivas y otros procedimientos similares constituyen una especie de primas negativas que suelen adoptar ciertas minorías, es decir, *subprimas,* si se me permite utilizar esta expresión siguiendo el modelo de *sub-privilegios.* Tales primas electorales son en alto grado sintomáticas, si bien tienen algo de ilusorio o artificial, ya que tienen como principal objetivo el conseguir una mayoría legal, en tanto que las primas normales a la posesión legal del poder presuponen esta posesión, y para el bien común son tan normales como fundamentales, de suerte que requieren una consideración teórico-constitucional, no agotándose en modo alguno con las reflexiones generales sobre las garantías legales.

Aparte de estas tres primas normales y ordinarias de la posesión legal del poder, y al lado de las primas, más artificiosas, que acabamos de mencionar, existen otras de carácter sumamente extraordinario. Preciso es que las mencione-

mos aquí, por la sencilla razón de que guardan una estrecha relación con un problema sumamente actual al que no se le ha prestado la debida atención: el de la distinción introducida en el seno de la propia Constitución que, por una parte, constituye un sistema de normas de procedimiento y de organización, en tanto que, por otra, puede contener una serie de principios de Derecho material a los cuales por su inserción en la Constitución, frente a la masa del Derecho material normal, se les ha concedido la categoría y dignidad de una norma de carácter superior. Creemos que ya es hora de tomar plena conciencia de esta distinción antes de que se haya transformado todo el actual sistema del Estado legislativo tradicional. Merced a estas primas de carácter extraordinario suele suceder que un partido, o una coalición de partidos, aproveche el momento de la promulgación de una Constitución (para lo cual basta con una mayoría simple) para vincular a ulteriores mayorías simples a determinadas disposiciones de tipo jurídico material (véase pág. 81). Es posible que esta tendencia constituya un rasgo característico del desarrollo pluralista. En todo caso, su examen y discusión ayudaría a profundizar en el conocimiento teórico constitucional de la actual situación del Estado de Derecho y de la distribución de poderes. El padre del Estado de Derecho liberal, John Locke, pudo observar atinadamente, en un texto frecuentemente citado y encaminado a criticar las leyes de concesión de poderes y las delegaciones legislativas, que la misión del legis-

lador no es precisamente la de hacer legisladores, sino la de hacer leyes. En un sentido análogo, pudiera afirmarse que la función del promulgador o del legislador constitucional es la de crear buenos legisladores y procedimientos constitucionales, mas no la de hacer las leyes. En caso contrario, resultaría lógico el promulgar la constitución como si se tratase de una especie de *Corpus Juris* al que se incorporaran planes para varios años. De todos modos, y como ya hemos podido observar, existe una tendencia en este sentido que da lugar a que las constituciones sean cada vez más extensas. La nueva Constitución de la India cuenta con 315 artículos y ocho apéndices. Quien considere esto normal y perfectamente lógico debiera tener presente que, en tal caso, ya no estamos ante el tipo de constitución que ha servido de modelo y fundamento al Derecho constitucional europeo actual y a su teoría del Estado de Derecho y de la separación de poderes.

5. Más adelante ofrecemos una visión de conjunto del desarrollo histórico de las relaciones entre legalidad y legitimidad. El concepto que de la legalidad y de la ilegalidad tenía una destacada personalidad alemana, jefe de un grupo político, en la decisiva semana anterior al 30 de enero de 1933, aparece manifiesto en la carta abierta que el prelado y profesor Kaas, jefe del grupo centrista, dirigió, el 26 de enero de 1933, al Canciller del Reich, von Schleicher. Kaas habla en ella de construcciones jurídicas que afec-

tan al llamado estado de necesidad y al aplazamiento de las elecciones, y advierte expresamente al Gobierno del Reich y le pone en guardia contra "las tendencias fundamentales de Carl Schmitt y de sus seguidores en torno al Derecho político". A quién se refería al hacer tales afirmaciones—si a algunos representantes de determinadas teorías o a alguno de mis amigos de entonces, Popitz, Ott y Marcks—es cosa que no he podido averiguar. Tampoco he conseguido saber de qué manera pudo informarse acerca de mis construcciones jurídico-constitucionales, ya que no tuvo ocasión de leer mis obras ni de conocerme y consultarme personalmente. No me preocupaba el problema de la crisis del Estado, porque de sobra sabía que con ello se entregaba la legalidad de una constitución a sus propios enemigos, y porque sostenía la opinión de que las posibilidades legales juntamente con las primas por la posesión legal del poder en modo alguno se hallaban agotadas. Mis concepciones jurídico-políticas aparecen claramente perfiladas en mis obras, y nunca podrán encontrarse en falsos rumores o arbitrarias combinaciones, así como tampoco en ofuscaciones *ex post* de unas situaciones estructuradas de forma distinta y producidas a raíz del hundimiento de la legalidad de Weimar.

En aquellos momentos—en la decisiva semana del 23 al 30 de enero de 1933—era a todas luces evidente que el Reichstag debía ser disuelto de nuevo. Se había convertido en un escenario

para celebrar los actos y demostraciones de las minorías obstruccionistas. La repetida disolución no constituía, por otra parte, un acto ilegal y el problema que se planteaba era únicamente el de saber *qué* Gobierno habría de tener en sus manos el poder después de las próximas elecciones y qué clase de primas establecería para la posesión legal del poder: el Gobierno de von Schleicher o, como pedía Kaas, el surgido de una "sólida combinación gubernamental", el recién nombrado Canciller del Reich, es decir, Hitler. El poder de un Gobierno del Reich unido al comisariado de Prusia era ciertamente grande, de suerte que se establecían toda clase de conjeturas acerca de las posiciones de poder del Estado moderno. Pero, en los dramáticos días que precedieron al 30 de enero, el Gobierno del Reich se había visto obligado a capitular ante un falso concepto de la legalidad, y la amenaza de nuevos procesos ante el Tribunal de Garantías Constitucionales se había convertido en un arma legal tremendamente eficaz. Según los términos de la carta abierta del Prelado Kaas, de 26 de enero de 1933, el nombramiento de Hitler como Canciller del Reich era la única salida legal a la crisis.

Tanto la situación como la propia conciencia del Presidente del Reich, Hindenburg, se habían visto profundamente afectados por la presencia de los nuevos elementos en lucha y la amenaza de procesos políticos ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Aislado por la edad y por los

años de incansable quehacer, este representante de un poder neutral se comportaba, en medio de las tensiones producidas por los métodos democráticos de masas y ante la eventualidad de un cambio brusco de situación, de una manera un tanto extraña. Seguía permaneciendo fiel al juramento prestado de defender la Constitución, si bien no podía comprender, por su propio carácter, lo que la misma realmente era. Así, pues, trató de informarse debidamente, sacando la consecuencia de que el objeto de su juramento y de su fidelidad era tan solo un procedimiento de tránsito, una puerta abierta a cualquier posible enemigo, siempre que este se presentase como "sólida combinación gubernamental", legalizándose por este solo hecho.

* * *

El artículo titulado *El problema de la legalidad,* que doy en forma de Apéndice en este volumen, apareció en la revista *Die neue Ordnung* (publicada por la Albertus-Magnus Akademie de Walderberg), año 4, cuaderno 3, 1950, págs. 270 a 275. Con excepción de los pasajes sobre el padre Laberthonnière que figuran al principio y al final, constituye en todo lo esencial una reproducción literal de una respuesta escrita que entregué al señor doctor Robert W. Kempner el 13 de mayo de 1947 en la sala de un tribunal. La pregunta que se me había hecho era la siguiente: ¿Por qué siguieron a Hitler los secretarios de Estado? Yo no he relacionado

la pregunta con casos concretos individuales, sino con un círculo determinado de personas, concretamente con la burocracia ministerial alemana procedente de la carrera de los funcionarios superiores, esto es, con un soporte esencial del sistema imperante y exponente típico del estrato decisivo de la burocracia alemana, que en 1933 se había puesto al servicio de Hitler, sin una resistencia digna de mención. Para esta burocracia ministerial del sistema imperante, la legalidad no era todavía la mera oposición a la legitimidad, sino una manifestación de la misma. Sobre el concepto de ley en la monarquía constitucional de Alemania, véase Ernst-Wolfgang Böckenförde: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*; *Schriften zum öffentlichen Recht,* Cuaderno 1, Berlín, 1957.

A continuación ofrezco un resumen de la historia de las relaciones entre la legalidad y la legitimidad:

1. En la esfera de la Iglesia romana no se hace diferencia entre la legalidad y la legitimidad. En el *Codex juris canonici* aparece muy a menudo la palabra *legitimus*; en cambio, *legalis* solo se encuentra en cuatro pasajes, en los cánones 33, 1.059, 1.080 y 1.543, y siempre con relación al Derecho secular (civil). Yo no me considero autorizado para dictaminar si esto puede significar una cierta desestimación. En la esfera de la Igle-

sia misma no hay lugar para la diferenciación entre la legalidad y la legitimidad. Como me escribe el profesor Hans Barion, el problema es extraño al pensamiento eclesiástico. Gracias a la dirección divina, la jerarquía legal es siempre también la jerarquía legítima.

En el desarrollo histórico constitucional del Estado europeo continental, la divergencia antitética entre la legalidad y la legitimidad se ha convertido en el destino de este Estado. La divergencia comienza con el llamado principio de legitimidad de la restauración monárquica de 1814-1815. La legitimidad monárquico-dinástica valió hasta entrado el siglo XX como la legitimidad por antonomasia. Hoy quizá no se conoce todavía que entre tanto, especialmente desde las doctrinas del presidente W. Wilson, de Estados Unidos, se ha desarrollado también un principio democrático de legitimidad. En los libros de E. Ferrero sobre la legitimidad y la autoridad, solamente se menciona el antiguo principio histórico de legitimidad. La teoría de Max Weber de las tres clases de legitimidad—carismática, tradicional y racional—se ha divulgado muy lentamente. Todavía en el artículo de Willibald Pöchl "Das Legitimitätsproblem und das kanonische Recht", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XVIII, 1938, se muestra un completo desconocimiento de la misma.

2. La divergencia entre legalidad y legitimidad tuvo su origen en la Francia monárquica de la

época de la Restauración. Allí se estableció un antagonismo sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad del *Code* napoleónico, que seguía vigente. El primer autor que, a mi juicio, se ocupó conscientemente de esta antítesis fue Lamennais, de quien he encontrado varias manifestaciones a este respecto entre los años 1829 y 1831 (página 166). Pero la historia lexicográfica requiere aún una investigación más detallada. Nicolaus Sombart me ha llamado la atención sobre el hecho de que en la *Histoire philosophique du genre humain,* de Fabre d'Olivet (1.ª ed., 1822; 2.ª ed., 1824; vol. II, págs. 394 y sgs.), se encuentra el siguiente título: *Distinction entre ce qui est légitime et ce qui est légal.* Los liberales quieren la monarquía constitucional como una forma de gobierno legal; los realistas la quieren como una forma de gobierno legítima. La monarquía de Luis Felipe (1830 a 1848) es conscientemente legal.

3. Para el progreso revolucionario, la legalidad era una expresión de racionalidad y una forma históricamente más elevada que la legitimidad. Jules Michelet elogia la ley, en escritos panegíricos, como la expresión de la civilización frente a la barbarie (rusa), como la superación de la era del gobierno paternalista, de la *paternité,* especialmente en la obra *Pologne et Russie,* París, 1852, donde designa al Danubio y al Vístula como las fronteras de la civilización. La ley es el gobierno del hombre por sí mismo; *la loi, le*

gouvernement de l'homme par lui-même. Plus des pères! Sin embargo, este entusiasmo se había hecho ya problemático, como indican las declaraciones de Napoleón III citadas en nuestro artículo. Para el enjuiciamiento histórico que de esta relación hacen Hegel y Savigny, es muy importante esta primera crisis de la legalidad.

4. En esta crisis, el movimiento revolucionario comunista penetra con todo su vigor y con plena conciencia filosófico-histórica desde el Manifiesto comunista de 1847-1848. Según este, la ley del Estado clasista burgués es el enemigo del proletariado. Lenin y Trotski hicieron en 1917 una aplicación lógica y trascendental de este criterio. La cuestión de la legalidad o la ilegalidad se convierte en un mero momento en las medidas estratégicas y tácticas de la guerra civil comunista. En nuestro artículo sobre la situación de la ciencia jurídica europea se hace mención del capítulo sobre "legalidad e ilegalidad" de Georg Lukacs, en su *Geschichte und Klassenbewusstsein* (1922, pág. 261). En el prólogo de mi libro *Die Diktatur* (1.ª ed., 1921) se demuestra su conexión histórico-espiritual. La legalidad se convierte en un arma envenenada que se lanza a la espalda del adversario político. En una novela de Bert Brecht, el jefe de la banda de *gangsters* acaba diciendo a sus pistoleros: el trabajo tiene que ser legal. Aquí termina la legalidad en una consigna de *gangsters*. Había comenzado como mensaje de la diosa de la razón.

5. Hitler se ha servido de la legalidad como su arma más poderosa. Las dos prórrogas de la ley de plenos poderes de 24 de marzo de 1933, en los años 1937 y 1943, solo se explican por el hecho de que él siempre había tenido conciencia del papel fatal de la legalidad. Cuando se habla de la legalidad, refiriéndose a Hitler, casi siempre se piensa tan solo en su nombramiento como canciller del Reich y en la llamada ley de plenos poderes de 24 de marzo de 1933. Pero quizá fue más interesante y más decisiva aún su utilización de la legalidad como arma en las semanas anteriores al 30 de enero de 1933, cuando logró hacer que el presidente Hindenburg le nombrara canciller del Reich, a pesar de toda su resistencia e incluso repugnancia a hacerlo. Entonces, el jefe del partido centrista, el prelado profesor doctor Kaas, en una carta abierta, amonestó al gobierno del Reich de "ilegalidad", entendiendo por tal, acaso, no el nombramiento de Hitler para canciller del Reich, sino más bien lo contrario. El medio más poderoso de Hitler para influir sobre Hindenburg consistió entonces en amenazar con nuevos procesos ante el Tribunal de garantías constitucionales. El gobierno del Reich había ganado en octubre de 1932 el proceso Prusia-Reich ante el Tribunal de garantías constitucionales en lo referente a la sección 2 del artículo 48 (destitución provisional de los ministros prusianos y designación de comisarios del Reich en Prusia, como medida dictatorial), pero lo perdió en lo referente a la sección 1 (ejecución por el Reich y representación de Prusia en el Reichstag).

Esta sentencia, escindida en sí, abría siempre la posibilidad de nuevos e impredecibles procesos ante el Tribunal de garantías contitucionales. Para un hombre como Hindenburg, resultaba insoportable la idea de verse metido en el barullo y los embrollos de procesos amañados de una manera táctica y propagandística. En realidad, esto tenía poco que ver con la cuestión de lo justo o lo injusto. La amenaza de procesos políticos puede ser siempre un medio de presión eficaz, especialmente cuando, como entonces, al amenazado le era esencialmente extraño el mundo de tales procesos.

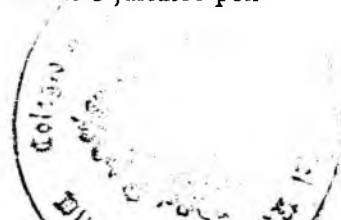
6. Hoy ya no gusta decir *legal,* empleándose en su lugar con más frecuencia la expresión *legítimo.* En la discusión teórico-constitucional y sociológica de los últimos años, se ha debatido vivamente el problema de la legitimidad, sobre todo en la controversia entre Johannes Winckelmann *(Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie,* 1952, y posteriormente *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,* vol. 112, págs. 164 y sgs.: "Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität"), y Arnold Gehlen. Winckelmann sostiene la teoría de Max Weber de las tres formas de manifestación de la legitimidad—carismática, tradicional y racional—, y opina que esta teoría conserva también su validez en el Estado social industrial, a pesar de los "riesgos determinados por la estructura de la democracia de masas". Sin duda se ve, por ello, obligado a separar de la

LEGALIDAD
Y
LEGITIMIDAD

PROLOGO

EL SISTEMA DE LEGALIDAD DEL ESTADO LEGISLATIVO FRENTE A OTROS TIPOS DE ESTADO (ESTADOS JURISDICCIONAL, GUBERNATIVO Y ADMINISTRATIVO)

Si comienzo esta exposición sobre la "legalidad" y la "legitimidad" hablando del "derrumbamiento del Estado legislativo parlamentario" para caracterizar la actual situación política interna de Alemania [1932] desde un punto de vista jurídico, político y constitucional, debo aclarar que empleo esta expresión únicamente como una fórmula breve y comprensiva, propia de la ciencia jurídica. Aquí no interesan las presunciones ni los pronósticos, sean optimistas o pesimistas; tampoco es propio hablar de "crisis", ya sean crisis biológicas, médicas o económicas, crisis de posguerra, de confianza, de recuperación, de pubertad, de crecimiento o de cualquier otro tipo. Para comprender correctamente toda la problemática planteada por el concepto actual de legalidad, por el Estado legislativo parlamentario constituido de acuerdo con el mismo y por el positivismo jurídico que procede de los años anteriores a la guerra, se precisan definiciones jurídico-polí-



ticas y jurídico-constitucionales que tengan en cuenta la actual situación política interna en cuanto se relaciona con el Estado.

Por "Estado legislativo" se entiende aquí un determinado tipo de comunidad política, cuya peculiaridad consiste en que ve la expresión suprema y decisiva de la voluntad común en la proclamación de una especie cualificada de normas que pretenden ser Derecho, y a las que, en consecuencia, son reducibles todas las demás funciones, competencias y esferas de actividad del dominio público. Lo que, desde el siglo XIX, se ha entendido entre los Estados de Europa continental como "Estado de Derecho" era, en realidad, el Estado legislativo y, concretamente, el Estado legislativo parlamentario. El lugar preeminente y central que en este Estado ocupa el Parlamento se debe a que este constituye el "cuerpo legislativo", que tiene a su cargo la elaboración de estas normas, con toda la dignidad que corresponde al legislador, al *législateur.*

El Estado legislativo es un Estado dominado por normas impersonales—es decir, generales—y predeterminadas—es decir, concebidas como duraderas—, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada de su aplicación al caso concreto y en el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley. En este Estado "imperan las leyes", no los hombres ni las autoridades. Más exactamente: las leyes no imperan, se limitan a regir como

normas. Ya no hay poder soberano ni mero poder. Quien ejerce uno y otro, actúa "sobre la base de una ley" o "en nombre de la ley". Se limita a hacer valer en forma competente una norma vigente. Las leyes las hace una instancia legislativa, que no ejerce el poder soberano y que ni siquiera hace valer ni aplica por sí sus propias leyes, sino que tan solo elabora las normas vigentes, en cuyo nombre y bajo cuyo sometimiento deben ejercer el poder estatal las autoridades encargadas de la aplicación de la ley. La implantación práctica de la organización del Estado legislativo lleva siempre consigo la separación entre la ley y su aplicación, entre el legislativo y el ejecutivo. Lo anterior no es simple consecuencia de una división teórica o de una precaución de orden psicológico, concebidas como freno contra la apetencia de poder de los hombres; es el principio fundamental sobre el que se levanta necesariamente el Estado legislativo, en el cual no imperan hombres ni personas, sino que rigen las leyes. El sentido último y propio del principio fundamental de "legalidad" de toda la vida estatal radica en que, en definitiva, ya no se domina ni se manda, porque las normas vigentes solo se hacen valer de una manera impersonal. La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidos por un sistema de legalidad cerrado. La forma específica en que se manifiesta aquí el Derecho es la ley, y la justifica-

ción específica del poder coercitivo del Estado es la legalidad.

Existen otras comunidades en las que la voluntad política decisoria se manifiesta en otras formas y a través de otros procedimientos. Existen Estados jurisdiccionales, en los cuales la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas; existen también otras formaciones políticas, los Estados gubernativos o administrativos, en los que, según denota su adjetivo correspondiente, la decisión final se expresa para casos concretos, manifestándose en ella la última instancia, *le dernier ressort*. Expresión típica del Estado jurisdiccional es la decisión de casos concretos, en la que el Derecho justo, la justicia y la razón se manifiestan de manera inmediata, sin la mediatización de normas generales previamente elaboradas y sin caer, por tanto, en el normativismo de la mera legalidad. Expresión típica del Estado legislativo la constituye la elaboración anticipada de normas mensurables y determinables en su contenido, duraderas y generales, apareciendo la decisión judicial como una mera aplicación de tales normas, del mismo modo que toda la vida estatal, en general, debe ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado que permita ser subsumido con arreglo a las circunstancias de los hechos. El Estado jurisdiccional parece, pues, que es el que está más cerca del "Estado de Derecho", si bien aquí el propio juez pronuncia el Derecho inmediatamente, prevaleciendo incluso este Derecho

frente al legislador normativo y frente a sus leyes. En el polo opuesto del Estado legislativo está el Estado gubernativo, que encuentra su expresión característica en la voluntad personal soberana y el mando autoritario de un jefe de Estado que ejerce personalmente el gobierno. Pero es todavía concebible otro tipo de Estado, en el que el mando y la voluntad no sean autoritarios ni personales y, a pesar de todo, no sean meras aplicaciones de normas soberanas, sino tan solo ordenanzas de carácter objetivo: el Estado administrativo, en el que ni el gobierno de los hombres ni el imperio de las normas es soberano, sino en el cual, y según la célebre fórmula, "las cosas se administran por sí mismas". Aun cuando constituya una utopía, es perfectamente concebible un Estado administrativo, cuya expresión específica la constituye la adopción de medidas tan solo en atención a la naturaleza de las cosas, a la vista de una situación concreta y con puntos de vista puramente objetivos y prácticos.

En la realidad histórica se encuentran continuamente combinaciones y mezclas de estos tipos, porque de cada comunidad política forman parte tanto la legislación como la jurisdicción, el gobierno y la Administración. En todo Estado no solo se ordena y se manda, sino que también se establecen legalmente normas y se administra legalmente con medidas para atender a la gestión de los negocios. De acuerdo con Richard Thoma (*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2,

página 127), incluso podría descubrirse en cada acto político singular, junto a un elemento de legislación, un elemento de administración y un elemento de decisión judicial. En el soberano, especialmente, se reúnen de nuevo todos estos elementos y aspectos: el soberano es, a la vez, legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad. En los Estados débiles, un gobierno legítimo se complacerá en servirse de los efectos propios de la legalidad de las resoluciones adoptadas por el cuerpo legislativo; un Estado administrativo utilizará la justicia para sancionar sus medidas políticas. No obstante, casi siempre puede reconocerse fácilmente dónde está el centro de gravedad de la voluntad decisiva, cuál, entre las distintas posibilidades, ocupa el centro de una existencia normal y qué clase de voluntad suprema se presenta como determinante o excluyente y tipifica a la comunidad en el momento decisivo. También es, ciertamente, posible una situación indefinida, una yuxtaposición o confusión de una justicia suprema, un gobierno supremo, un legislativo supremo y una Administración suprema; quizá en épocas pasajeras de transición sea incluso posible un feliz equilibrio de varios poderes supremos diferentes e independientes entre sí.

La distinción propuesta entre Estado legislativo (con su sistema cerrado de legalidad) y Estados basados en un principio de legitimación según el cual podemos clasificar a estos en jurisdicciona-

les, gubernativos y administrativos, la encuentro más fértil, para el conocimiento de la realidad estatal, que cualquiera de las restantes distinciones surgidas de situaciones históricas del pasado, tales, p. ej., como las antítesis entre poder soberano y sociedad igualitaria, entre autoridad y libertad, entre Estado de Derecho y dictadura, etc. Tampoco cabe acudir aquí a la tradicional división tripartita en monarquía, aristocracia y democracia, con sus diversas variantes. No es que consideremos la teoría aristotélica como anticuada y superada. Pero, en nuestros días, la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con la legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el Derecho; hoy día es esta la oposición esencial, no la oposición entre monarquía, aristocracia, oligarquía o democracia, que, casi siempre, no hace más que confundir y embrollar. Además, nuestro Estado se encuentra en proceso de transformación, y el "viraje hacia el Estado totalitario", característico del momento actual, con su inevitable tendencia hacia la "planificación" (no hacia la "libertad", como hace cien años), se presenta como un viraje típico hacia el Estado administrativo. El Estado totalitario es, por su propia naturaleza, un Estado administrativo, aun cuando se sirva de la justicia—penal, civil, disciplinaria, administrativa o constitucional—, ya sea como instrumento, ya sea como correctivo. Hoy se admite ya casi generalmente que, en especial, un "Estado de economía" no puede funcionar como Estado legislativo parlamentario y tiene que

convertirse necesariamente en Estado administrativo. Otra cuestión es la de saber hasta qué punto la esencia de todo Estado está en la Administración. Tanto la *República* de Platón como la *Política* de Aristóteles son, como ha dicho Lorenz von Stein, "teorías de una sociedad sin Estado y, por tanto, sin Administración". Max Weber considera la existencia de un "cuerpo administrativo" como una característica esencial de la asociación política en general. Cuando nuestra conciencia histórica percibe con mayor claridad la estrecha conexión entre Estado y Administración es en los siglos XVI y XVII, cuando se forman las comunidades políticas que se distinguen, en cuanto "Estados", de las comunidades jurídicas medievales del tipo del "Estado custodio del Derecho" (una acertada expresión de Fritz Kern) precisamente gracias al aparato burocrático eficaz de que disponen. Por lo demás, el Estado legislativo parlamentario, con su separación entre la ley y la aplicación de la misma, presupone igualmente, para la aplicación de la ley, un "ejecutivo" que funcione con arreglo a aquella, pero que, a pesar de estar sometido a la ley, sea independiente y diferenciable. Sin embargo, esto depende del sistema de justificación específica que adopte el aparato administrativo del Estado, que en los siglos XVII y XVIII era el de la legitimidad dinástica del príncipe absoluto.

En épocas de concepciones jurídicas estables y de propiedad consolidada, prevalecerá el Estado jurisdiccional y aparecerá una justicia separada del

Estado, que será custodia y defensora del Derecho (distinto del Estado, anterior a él y colocado por encima de él), a la que competerán las decisiones últimas. Por lo demás, en una comunidad semejante apenas podría hablarse de "Estado", porque el lugar de la comunidad política lo ocuparía una mera comunidad jurídica y, al menos según la ficción, apolítica. En tiempos de grandes cambios o transformaciones revolucionarias aparecen un Estado gubernativo, o un Estado administrativo, o incluso, según la especie y la duración de la transformación, un Estado legislativo parlamentario, cuyas normas parecen posibilitar la mejor adaptación posible de la legalidad al desarrollo de las relaciones y la armonía entre el progreso y la seguridad jurídica. Así, cada tipo de Estado resulta adecuado para cada una de las distintas tendencias políticas internas. En general, puede decirse que un Estado jurisdiccional, consecuentemente dirigido y respetuoso con su jurisprudencia, es el medio apropiado para la conservación del *status quo* social y de los derechos adquiridos, de acuerdo con la tendencia conservadora frecuentemente comprobada en toda administración de justicia. Como mejor se caracterizaría la corrupción (en el sentido aristotélico pertinente) de este tipo de Estado, que hace de la seguridad de los derechos adquiridos su *ratio essendi,* sería mediante el aforismo goethiano: "Todo es prebenda y nada vive ya" (*Alles ist Pfründe, und es lebt nichts mehr*). Los Estados gubernativo y administrativo son los más adecuados como instrumentos para llevar a cabo trans-

formaciones radicales, de signo revolucionario o reaccionario, y para configuraciones de gran envergadura, planificadas y calculadas con amplias miras. El Estado legislativo es el vehículo típico de una era reformista-revisionista-evolucionista, equipada con programas de partido, que trata de realizar el "progreso" mediante leyes justas, de un modo legal-parlamentario.

El *ethos* del Estado jurisdiccional radica en que el juez juzga inmediatamente, en nombre del Derecho y de la justicia, sin que las normas de esta justicia le sean mediatizadas ni impuestas por otros poderes políticos no judiciales. Este es un principio sencillo y obvio mientras el Derecho y la justicia tengan un contenido unívoco, sin normas que se interpongan entre ambos, y no se limiten al papel de instrumentos al servicio del poder y de la propiedad. Tras el Estado gubernativo hallamos menos un *ethos* que un gran *pathos*. Su principio se percibe sobre todo en el gobierno de los príncipes absolutos de los siglos XVII y XVIII, especialmente en el catálogo de los títulos representativos de estos príncipes, a los que su Corte aplica expresiones tales como *majestas, splendor, excellentia, eminentia, honor* y *gloria*. Es el gran *pathos* de *gloire* y *honneur*, al que no pudo renunciar ni siquiera el Estado administrativo prusiano de Federico Guillermo I y de Federico el Grande. A él se le opone ya en el siglo XVII, como concepto polémico contrario al *honneur*, la *vertu* republicano-democrática, tratando de descalificar aquellas cualidades repre-

sentativas y de desenmascarar la representación misma como mero "teatro", oponiendo a la *representación* del príncipe y de la Corte la *presencia* democrática del pueblo homogéneo, con el cual se identifica. Pero, además, se empleaba también el *ethos* específico del Estado legislativo, que erige justamente en norma el Derecho justo, con su *législateur* sabio e incorruptible y su *volonté générale,* siempre buena y justa. El Estado administrativo puede apelar a la necesidad objetiva, a la situación real, a la fuerza coercitiva de las relaciones, a las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas. En consecuencia, el Estado administrativo encuentra su principio existencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales, al contrario que el Estado legislativo, que busca su justificación en la elaboración de las normas. Tanto el Estado gubernativo como el Estado administrativo atribuyen una cualidad especial al mandato concreto que se ejecuta y obedece sin más. Estos Estados ponen fin a los alegatos de los abogados, propios del Estado jurisdiccional, lo mismo que a las interminables discusiones del Estado legislativo parlamentario, y reconocen un valor jurídico positivo al decisionismo del mandato inmediatamente ejecutorio. Aquí rige el aforismo "Lo mejor en el mundo es una orden."

Rudolf Smend *(Verfassung und Verfassungsrecht,*

página 115) opina que el liberalismo y el parlamentarismo en él basado no tienen ningún *pathos* especial, ninguna "pretensión de vigencia de valores", y, por tanto, tampoco ninguna "fuerza legitimadora propia"; pero tampoco tienen "necesidad de buscar ninguna legitimación". Sin embargo, no debe olvidarse que el Estado legislativo parlamentario, con su ideal y su sistema de legalidad herméticamente cerrado para todos los actos estatales, ha desarrollado un sistema de justificación completamente peculiar. La "legalidad" tiene aquí precisamente el sentido y la pretensión de hacer superflua y rechazar no solo la legitimidad (tanto la del monarca como la de la voluntad plebiscitaria del pueblo), sino también toda autoridad basada en sí misma o soberana. Cuando en este sistema se emplean todavía palabras como "legítimo" o "autoridad", solo se emplean como expresión de legalidad y como derivadas de ella. Del mismo modo hay que entender los siguientes párrafos de Max Weber *(Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Sozialökonomik* *, III, 1, pág. 19): "Esta legalidad puede valer como legitimidad"; o "la forma de legitimación más corriente hoy es la fe en la legalidad". La legitimidad y la legalidad se reducen ambas aquí a un concepto común de legitimidad, mientras que la legalidad es justamente lo contrario de la legitimidad. Por eso considero correcta la formulación que sobre la legalidad y la legitimidad hace Otto Kirchheimer *(Die Gesellschaft,* 1932),

* Hay traducción española.

según la cual la legitimidad de la democracia parlamentaria "consiste únicamente en su legalidad", y hoy en día "los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la legitimidad". Desde luego, el uso del lenguaje es ahora tan amplio que considera lo legal como algo "solamente formal", y lo legítimo como lo contrario. Hoy, p. ej., podría decirse, sin incurrir en contradicción, que la disolución del Reichstag es "rigurosamente legal" aun cuando constituya un golpe de Estado; y, a la inversa, que una disolución del Reichstag responde propiamente al espíritu de la Constitución, aunque no sea legal. Tales antítesis sirven de expresión documental del desmoronamiento de un sistema de legalidad que termina en un formalismo y un funcionalismo sin objeto que no guarda relación con la realidad. Semejante fin solo se explica por el hecho de haberse abandonado los presupuestos esenciales y el *pathos* específico del concepto legalista de la ley. Por ello ha surgido también la ilusión de que sería posible encontrar vías y procedimientos legales para todo lo imaginable, incluso para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios, de que estos podrían alcanzar su meta sin violencia y sin subversión y, finalmente, de que este proceso funcionaría a la vez como creador de un órden, manteniéndose, no obstante, "completamente neutral en cuanto a los valores".

El racionalismo peculiar del sistema de legalidad se trueca aquí notoriamente en su término

contrario. Este fenómeno, que caracteriza la situación actual del Estado legislativo parlamentario, será explicado más detenidamente y con más detalle en los capítulos siguientes. Respecto al concepto de legalidad, hay que tener en cuenta que, histórica y conceptualmente, está estrechamente relacionado con el Estado legislativo parlamentario y con la clase de normativismo que es específica del mismo. Este concepto acepta la situación creada por el absolutismo de los príncipes y, en particular, la supresión de todo derecho de resistencia, así como el "gran derecho" a la obediencia incondicional, confiriéndole la bendición de la legalidad que crea en virtud de sus normas generales previamente determinadas. El Estado jurisdiccional y el Estado administrativo permanecen en la más estrecha e inmediata conexión con la situación concreta del momento, debido a lo cual gozan de cierta presencia concreta. El Estado gubernativo posee, en la persona de su jefe o en la dignidad del cuerpo colegiado dirigente, todas las cualidades de la representación. En cambio, el Estado legislativo, a causa del principio en él dominante de la elaboración de normas generales y predeterminadas, y de la distinción que le es esencial entre ley y aplicación de la misma, entre legislativo y ejecutivo, está colocado en una esfera completamente diferente y padece necesariamente de cierto carácter abstracto. Mientras la creencia en la racionalidad e idealidad de su normativismo está viva en los tiempos y en los pueblos que todavía son capaces de mantener una fe (de tipo carte-

siano) en las *idées générales*, el Estado legislativo aparece, precisamente por ello, como algo más elevado e ideal. En cuanto ocurre así, puede apelar también a una distinción milenaria y hacer valer para sí un antiquísimo *ethos*: el νόμος frente al mero δῆμος; la *ratio* frente a la mera *voluntas;* la inteligencia frente a la mera voluntad ciega y sin norma; la idea del Derecho plasmado en normas y coherente frente a las medidas y las órdenes dictadas por la mera conveniencia, según las cambiantes necesidades del momento; el racionalismo apoyado en la razón frente al pragmatismo y al emocionalismo; el idealismo y el Derecho justo frente al utilitarismo; la validez y el deber ser frente a la coacción y la necesidad de los acontecimientos. Desde los supuestos del Estado legislativo, el Estado gubernativo representativo, con su *gloire* y su *honneur,* se presenta como mero Estado de poder y una inmoralidad; el Estado administrativo, como una dictadura sin norma y sin espíritu; el Estado jurisdiccional medieval, como instrumento enemigo del progreso y defensor de los privilegios feudales o estamentales. El Estado legislativo puede llamar la atención sobre el hecho de que la fórmula patética y legitimante "en nombre de la ley" no es transmisible en ningún caso a las medidas del Estado administrativo. No existe una "igualdad ante la medida", como hay una "igualdad ante la ley". Tampoco puedo administrar justicia, ni imponer penas, ni en general comportarme de una manera autoritaria "en nombre de la conveniencia" o "en nombre de la necesidad ma-

terial", ni siquiera "en nombre de la fuerza coercitiva de los acontecimientos", en lugar de hacerlo "en nombre de la ley". Sería manifiestamente grotesco que se dictasen y ejecutasen sentencias judiciales, no en nombre del rey, del pueblo o de la ley, sino "en nombre de una medida", o el que se quisiera hacer a alguien prestar juramento a medidas y jurar "fidelidad a una medida".

El conjunto de los funcionarios y la fuerza armada del Estado, que solo pueden ser considerados como un aparato técnico en manos del gobierno, no constituyen de por sí, propiamente hablando, ni una fuente de legalidad ni una base para la legitimidad. De ahí que, por sí solos, no podrían servir de soporte al Estado administrativo, el cual exige, naturalmente, un aparato de funcionarios. La "burocracia" posee con frecuencia, frente a diversas formas y tipos de Estado, la neutralidad de un mero instrumento técnico, el cual puede servir—aun cuando bajo ciertas reservas, como, p. ej., la de que se tengan en consideración los "derechos adquiridos de los funcionarios"—a tendencias políticas diversas e incluso contrarias. "Sí, el funcionario tiene que poder obrar también de otra manera", dice Rudolf Smend *(Verfassung und Verfassungsrecht,* página 31). En la sociología de Max Weber, la palabra "burocracia" está concebida ante todo como una supuesta categoría *avalorativa,* en la que resalta su carácter de aparato técnico, racionalista y neutral en cuanto a los valores, cons-

tituida por un cuerpo de funcionarios interesado principalmente en que funcione sin fricciones. Aplicada a la situación del Estado alemán anterior a la guerra, esta concepción resulta indudablemente polémica, pues presenta a la burocracia profesional alemana como un cuerpo "técnico-apolítico", en una injusta oposición frente al parlamento, que, como es sabido, era considerado por Max Weber como un medio para la selección de dirigentes políticos y para la formación de *élites* políticas. La expresión francesa "burocracia" denota, efectivamente, algo instrumental; el parlamentarismo de la República francesa ha logrado extirpar toda idea de que el ejército y el cuerpo de funcionarios poseen una legalidad o una legitimidad propias o que son capaces de crearlas por sí mismos, y ha logrado rechazar radicalmente tanto su vinculación con la legitimidad dinástica de una dinastía reinante cuanto el contacto bonapartista con la legitimidad democrática plebiscitaria. En Alemania, la burocracia del siglo XIX estaba repartida entre un gran número de monarquías constitucionales. A consecuencia de esto, hasta nuestros días no ha tenido una conexión orgánica inmediata con el conjunto de la unidad nacional y con la representación parlamentaria de todo el pueblo alemán en el Reichstag. La singularidad de la monarquía constitucional permitió que la burocracia pudiera salvaguardar simultáneamente la base de la legitimidad de la monarquía y la legalidad de un Estado legislativo. Sin embargo, no debe pasarse por alto lo que, hace poco, puso de ma-

nifiesto Hans Gerber (en el Congreso de profesores de Derecho político celebrado en Halle en 1931), esto es, que sin la posición jurídica firmemente asegurada de la burocracia profesional no sería concebible esta especie de "Estado de Derecho", es decir, el Estado legislativo. En esta justa opinión de H. Gerber creo yo que se expresa el hecho histórico de que la burocracia profesional puede ser algo más que un mero "aparato" que funciona en manos de cualquier sistema; que más bien este estamento profesional estabilizado, al que se ha confiado la custodia de los intereses públicos, puede encarnar los elementos de una auténtica *élite* creadora de autoridad y legitimidad, en el sentido sociológico-estatal de la palabra, así como cualidades tales como la incorruptibilidad, el desinterés por el dinero y el lucro, la disciplina, el sentido del deber y la lealtad, al igual que ciertas tendencias, indudablemente desvanecidas, a la cooptación. Si estos tres requisitos—estabilidad, calidad y cooptación—constituyen las características de una *élite* política que sirve de soporte al Estado, entonces la burocracia profesional alemana del siglo XIX puede ser considerada como un factor de la vida estatal alemana semejante a una *élite,* solo que sin duda pone de relieve precisamente la cualidad decisiva de toda *élite* política: la capacidad y la disposición para afrontar el peligro de lo político.

Tras haberse derrumbado la legitimidad dinástica de la monarquía constitucional, las fuerzas arma-

das alemanas (que después del desarme y la desmilitarización del pueblo alemán ya no constituían un ejército en el sentido tradicional) y la burocracia del Reich (especialmente la burocracia financiera, recién creada) han encontrado la posibilidad de una nueva base en la legitimidad plebiscitaria del Presidente del Reich, elegido por el pueblo alemán. En cambio, la burocracia de los países *(Länder)*, por faltarle este apoyo, ha sido ocupada en gran medida por los poderes del Estado pluralista de partidos. Además, en los actuales países alemanes, el ámbito territorial a que alcanza la legislación propia de los mismos y, por tanto, el ámbito del Estado legislativo parlamentario, no es suficientemente importante para hacer posible un sistema de legalidad independiente para los países. El que los gobiernos de los distintos países alemanes tengan diferentes concepciones de la "seguridad y el orden públicos y de la cualidad de enemigo del Estado" tiene por consecuencia que la prima política que se adjudica a la posesión legal del poder, que se analiza más adelante (págs. 49 y sgs.), recaiga en partidos diferentes. Así, considerada con arreglo a los conceptos de legalidad y legitimidad, la burocracia profesional alemana no constituye ya una magnitud unitaria con una significación política propia. No obstante, a falta de otra autoridad, algunos de sus elementos podrían convertirse en un punto de convergencia de las enérgicas aspiraciones y tendencias hacia un Estado autoritario e intentar "restablecer el orden" por sí mismas en un Estado administra-

tivo. La práctica utilizada desde hace más de dos años, de hacer uso del derecho a promulgar ordenanzas de necesidad, conforme al art. 48, sección 2, de la Constitución del Reich, supone la realización, en términos generales, del Estado administrativo promulgador de reglamentos. Lo que significa este desarrollo en el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario se expondrá detalladamente más adelante (Cap. II, páginas 59 y sgs. Aquí es de interés señalar que cuando la legalidad normativista de un Estado legislativo parlamentario se transforma en un funcionalismo vacío que se limita a registrar las resoluciones de la mayoría, cualesquiera que estas sean, puede acoplarse al funcionalismo impersonal de la aspiración burocrática a la reglamentación. En esta alianza—extraña en su idea, pero fácil de comprobar, según toda experiencia práctica—entre la legalidad y el funcionalismo técnico, la burocracia prevalece a la larga como el aliado hegemónico y acaba por convertir a la ley del Estado legislativo parlamentario en la disposición del Estado administrativo burocrático.

Aquí no debe emplearse la expresión "Estado de Derecho". Tanto el Estado legislativo como el Estado jurisdiccional pueden hacerse pasar sin más por un Estado de Derecho; pero también pueden hacerse pasar por tales todo Estado gubernativo y todo Estado administrativo, si se imponen como misión realizar el Derecho, sustituir el antiguo Derecho injusto por un nuevo Derecho justo y, sobre todo, crear la situación

normal, sin la cual todo normativismo es un engaño. La expresión "Estado de Derecho" puede tener tantos significados distintos como la propia palabra "Derecho" y como organizaciones a las que se aplica la palabra "Estado". Hay un Estado de Derecho feudal, otro estamental, otro burgués, otro nacional, otro social, además de otros conforme al Derecho natural, al Derecho racional y al Derecho histórico. Es comprensible que propagandistas y abogados de toda clase gusten recurrir a la palabra, con el fin de difamar al adversario, haciéndolo pasar como enemigo del Estado de Derecho. Para el Estado de Derecho y el concepto de Derecho de tales personas vale la sentencia: "Pero el Derecho debe querer decir exactamente lo que yo y mis compadres tenemos a bien." Para la teoría del Estado y la teoría de la Constitución, la distinción entre Estado legislativo, Estado jurisdiccional, Estado gubernativo y Estado administrativo proporciona ciertas características específicas que ayudan a conocer mejor y más claramente la peculiaridad concreta del sistema de legalidad y su situación actual.

CAPITULO I

EL SISTEMA DE LEGALIDAD DEL ESTADO LEGISLATIVO PARLAMENTARIO

1. Estado legislativo y concepto de ley

El Estado de la monarquía constitucional del siglo XIX era un Estado legislativo. En una gran medida, y precisamente en un punto decisivo como es el relativo a su concepto de ley, era incluso un Estado legislativo parlamentario. Como ley, en sentido formal, solo valía una resolución adoptada con el concurso de la representación popular. Semejantes conceptos formales del Derecho constitucional son conceptos esencialmente políticos. Por ello fue un triunfo decisivo de la representación popular que el Derecho apareciese expresado esencialmente en forma de ley, que el Derecho positivo fuese esencialmente un derecho legislado y que la ley exigiese necesariamente, desde un punto de vista conceptual, una resolución de la representación popular. En realidad, se sostiene que por ley se entiende "toda norma jurídica" y que también el Derecho consuetudinario tiene el valor de De-

recho positivo. Pero el Derecho consuetudinario solo tiene, naturalmente, el valor de un Derecho ordinario, y puede ser suprimido y anulado por un plumazo del legislador, lo que permite a este aventajar casi siempre en rapidez al Derecho consuetudinario. Además, en una rama especialmente importante de la vida jurídica, como la del Derecho penal, e incluso en las del Derecho constitucional y el Derecho administrativo, es muy discutible la admisibilidad de formaciones jurídicas consuetudinarias. En realidad, el reconocimiento del Derecho consuetudinario siempre se produce en detrimento del legislador. De ahí que se niegue la admisibilidad del Derecho consuetudinario allí donde se teme que puede perjudicar la confianza en el legislador que es propia del Estado legislativo. No debe olvidarse que la teoría alemana del Derecho consuetudinario fue lanzada por la Escuela histórica del Derecho antes de 1848 y que, por tanto, su significación política propiamente polémica estaba entonces determinada por la oposición desarrollada contra el derecho a legislar que se arrogaba el príncipe absoluto. Por lo que se refiere a su repercusión en la organización estatal, el reconocimiento del Derecho consuetudinario supone siempre una limitación para el legislador parlamentario en favor de otras instancias, entre las cuales figura, naturalmente, la justicia. Lo mismo vale para todas las construcciones basadas en la "necesidad conceptual" de un contenido que obligue coactivamente, incluso al legislador. Un buen ejemplo de esto lo constituye el artículo "Unverbindlicher Gesetzinhalt"

de Fr. Eisele, publicado en 1885 en *Archiv für die zivilistische Praxis*, el cual ha sido citado repetidas veces, admirativamente, por G. Husserl. Otro ejemplo lo proporciona el criterio seguido por el Tribunal Supremo del Reich acerca del carácter peculiar del funcionario; según este criterio, la transmisión de atribuciones de autoridad sin un nombramiento formal debe servir por sí sola de fundamento para conferir la calidad de funcionario, en virtud de "la esencia interna de las cosas", ya que admitir lo contrario sería un "contrasentido" y el legislador no puede ordenar algo "jurídicamente imposible o inejecutable" (cf. *RGZ*, 134, pág. 19, y las sentencias allí mencionadas, especialmente *RGZ*, 125, pág. 422). En el artículo que acaba de citarse, Eisele se expresa del siguiente modo acerca de la cuestión que nos interesa (pág. 278): "Aquí se trata de los límites del poder legislativo." Tales límites no solo se derivan del Derecho consuetudinario, sino que pueden ser también impuestos por imperativos lógicos o del pensamiento.

Pero, prescindiendo de tales limitaciones, por lo demás muy discutibles en su aplicación concreta, las nociones de la ciencia del Derecho y de la práctica jurídica estaban (y siguen estando) dominadas por una serie de identidades simples: Derecho = ley; ley = regulación estatal realizada con la cooperación de la representación popular. Esta es la ley a que se refieren los que consideran como rasgos esenciales del Estado de Derecho la "soberanía de la ley" y el "principio

de conformidad con la ley de todos los actos del Estado". En esta congruencia entre Derecho y ley descansaban, en definitiva, todos los sistemas e inventarios de conceptos, fórmulas y postulados jurídico-políticos que se desarrollaron en el curso del siglo XIX y que aún conservan efectividad. El Estado es la ley, la ley es el Estado. Solo a la ley se debe obediencia; solo frente a ella desaparece el derecho de resistencia. Solo hay legalidad, no autoridad ni mandato que proceda de arriba. En un capítulo clásico de su *Verwaltungsrecht*, dice Otto Mayer, bajo el epígrafe "La soberanía de la ley" (3.ª ed., 1924, pág. 64): "La forma suprema de la voluntad del Estado es la expresada con el nombre de ley." Según Otto Mayer, semejante Estado legislativo se caracteriza por tres factores: "el poder para crear Derecho objetivo que tiene la ley (a diferencia de la orden y las instrucciones oficiales de servicio comunicadas a las autoridades y a los funcionarios subordinados); "la supremacía de la ley (supremacía con relación a todas las demás especies de actos estatales que aquí son objeto de consideración, especialmente a los actos de la Administración y la justicia), y el monopolio legislativo, que reserva a la ley, con exclusión de todos los demás medios de acción estatal, el derecho a intervenir en los derechos fundamentales y de la libertad garantizados por la Constitución. En otras palabras: el último guardián de todo derecho, el último garante del orden establecido, la última fuente de toda la legalidad, la última seguridad y la última protección frente a la injusticia, es el

legislador y el procedimiento empleado por él para legislar. El abuso del poder legislativo y del procedimiento legislativo tiene que quedar prácticamente descartado, pues de no ser así se haría inmediatamente preciso un Estado diferente, con una estructura y una organización completamente distintas. La congruencia y la armonía preestablecidas y presumidas entre Derecho y ley, justicia y legalidad, objeto del Derecho y procedimiento legislativo, dominan, hasta el último detalle, la idea del Derecho propia del Estado legislativo. Solo así ha sido posible someterse al imperio de la ley precisamente en nombre de la libertad, borrar de la tabla de derechos de la libertad el derecho de resistencia y conceder a la ley aquella preeminencia incondicionada que veía en el sometimiento del juez a la ley una garantía de la independencia judicial, que consideraba que el subordinar la Administración a la ley significaba la protección más importante frente al abuso del poder estatal y que ponía sin reparo todos los derechos garantizados por la Constitución a merced del legislador, quien podía atentar contra ellos a su arbitrio, en virtud del "monopolio de la ley".

Como es natural, en el Estado legislativo, el legislador es siempre uno, el legislador sin más. Toda concurrencia de legisladores de distinta categoría y de conceptos de ley relativizados entre sí destruye, como ya se ha subrayado, al propio Estado legislativo. En el Estado legislativo con sistema cerrado de legalidad no puede haber,

como en el Derecho romano, diversidad de "fuentes del Derecho", *leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constitutiones principum, edictos de los magistrados, consulta prudentium,* etc. El legislador de un Estado legislativo consecuente tiene que mantener en sus manos el "monopolio" de la legalidad. En la época anterior a la guerra, apenas se preguntaba, y menos aún se contestaba, qué sucedería si cesase la confianza en el legislador y la armonía entre el Derecho y la ley. El procedimiento legislativo, con sus complicados frenos y contrapesos—sistema bicameral del legislativo, gobierno real independiente apoyado en el ejército y la burocracia, sanción real de las leyes, controles y equilibrios federales—, contenía garantías suficientemente fuertes de moderación y una protección suficientemente segura para la libertad y la propiedad, frente a la arbitrariedad y el abuso de la forma de la ley. En un Estado semejante, es también concebible y admisible un concepto de ley puramente formal, independiente de todo contenido. Cuando se acepta de una manera incondicional y sin reservas todo lo que los organismos competentes resuelvan en forma de legislación como el único Derecho positivo, se comprende que se acepten igualmente todos los principios e instituciones que son típicos del Estado de Derecho, como, p. ej., la sujeción del juez independiente a la ley, o la seguridad frente a la imposición arbitraria de penas contenida en el precepto "ninguna pena sin ley" (art. 116 de la Constitución),

o el monopolio de la ley para intervenir en los derechos fundamentales y de la libertad; todas estas serían vinculaciones, seguridades y reservas efectivas, porque la confianza firme, no problemática y simple, en el legislador ordinario y en el procedimiento legislativo hace innecesarias más vinculaciones, seguridades y reservas. Solo teniendo una confianza firme en este legislador y en sus leyes pueden proclamarse preceptos como estos: "El derecho del legislador es ilimitado; todos los demás derechos del poder estatal son limitados" (Leuthold, 1884, en los *Annalen* de Hirth); o "para el legislador no hay propiedad inviolable" (Anschütz, 1912, en su *Kommentar zur Preussischen Verfassungskunde von 1850).*

Esta confianza sigue siendo el presupuesto de toda Constitución que organice al Estado de Derecho en la forma de un Estado legislativo. Sin ella, el Estado legislativo sería una forma complicada de absolutismo, el deber ilimitado de obediencia sería una opresión abierta, y la franca renuncia al derecho de resistencia sería una necedad irresponsable. Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, entonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición, toda orden a cualquier oficial o soldado y toda instrucción con-

creta a un juez, en virtud de la "soberanía de la ley", puede hacerse legal y jurídica mediante una resolución del Parlamento o de otra instancia que participe en el proceso legislativo. Lo "puramente formal" se reduce entonces a la palabra vacía y a la etiqueta de "ley", perdiendo su conexión con el Estado de Derecho. Toda la dignidad y la majestad de la ley dependen exclusiva e inmediatamente, y en realidad con una significación y una efectividad jurídica positiva inmediata, de esta confianza en la justicia y en la razón del legislador mismo y de todas las instancias que participan en el proceso legislativo. Todas las garantías y seguridades jurídicas, toda la protección contra el abuso, están colocadas en la persona del legislador omnipotente o contenidas en la peculiaridad del proceso legislativo. Para no caer en el absurdo ni en la pura arbitrariedad, estas garantías y seguridades tienen que estar plenamente dominadas por el presupuesto de esa confianza, que crea la congruencia entre el Derecho y la ley formal. Este sistema de legalidad no carece en modo alguno de fundamento. Una equiparación incondicional entre el Derecho y el resultado obtenido con ayuda de cualquier procedimiento formal sería tan solo un sometimiento incondicional, y, por tanto, ciego, a la decisión pura tomada por las autoridades legislativas competentes, es decir, a la decisión desligada de toda relación de contenido con el Derecho y la justicia, y una renuncia inexplicable a toda resistencia. Sería el *sic volo sic jubeo* en su forma más ingenua y solo compren-

sible psicológicamente a partir de los rudimentos de cualquier superstición o de los residuos de una antigua religión de la ley. A esto puede llamarse "positivismo", del mismo modo que puede llamarse acríticamente positivismo a toda especie de decisionismo; pero hoy ya no engaña esta palabra, toda vez que ese formalismo incondicional no es más que una exigencia de sometimiento fundada en motivos puramente políticos y una pura negación de todo derecho de resistencia, fundada también en motivos políticos.

La teoría del Estado alemana anterior a la guerra ha reconocido siempre un concepto de ley material junto al de ley formal. "Sin el concepto de ley material—decía Anschütz *(Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt,* 2.ª ed., Tubinga, 1901, página 33)—no hay salida ni en la teoría ni en la práctica, ni puede tampoco entenderse ni explicarse la Constitución prusiana." De ahí que también se reconozcan determinadas características objetivas de la ley. Ley en sentido material es una norma jurídica o un precepto jurídico, una determinación de "lo que debe ser Derecho para todos". Se sostiene que la ley en sentido formal contiene normalmente un precepto jurídico en sentido material y que no hay que confundirla con un mandato cualquiera. También el hecho de que el requisito de la sanción fuera considerado por la teoría dominante como un mandato que se añade a la ley en cuanto regla jurídica, demuestra que todavía estaba viva la distinción

entre norma y mandato, entre ley y medida. "Toda ley consta de dos partes diferentes, una de las cuales es la regla misma y la otra es el mandato legal, esto es, la orden de cumplirla" (Laband). Pero ninguna definición jurídico-política de la ley ha puesto de manifiesto esta conexión entre la norma jurídica y la ley, ni ha diferenciado claramente la ley, como una regla general y duradera, del mero mandato o de la mera medida. Junto a este concepto, aparece una segunda noción de la ley, completamente distinta, pero que es llamada igualmente "ley en sentido material" (en realidad, solo porque no es "formal"), que es la de la ley como "injerencia en la libertad y la propiedad del ciudadano". Esta noción se explica partiendo de la situación del siglo XIX y está basada en la contraposición entre Estado y sociedad, entre gobierno y representación popular, entre funcionarios subordinados al servicio (sometidos a una "relación especial de poder") y ciudadanos libres, y, finalmente, en la distinción civilista general propia del Estado de Derecho entre la esfera privada libre (en principio, ilimitada) y las competencias del poder estatal reguladas de antemano por medio de la ley y, por tanto, limitadas y mensurables, en principio. Otra distinción, que se deriva de esta, es la que se establece entre la ley, esto es, la ordenanza jurídica en el sentido de "injerencia en la libertad y en la propiedad del ciudadano", y la ordenanza administrativa, como un acto que no atenta contra esta esfera de libertad, sino que

solo despliega sus efectos "dentro del organismo del poder ejecutivo" (Anschütz).

Naturalmente, el definir la ley como "injerencia en la libertad y en la propiedad" solo tenía un sentido político polémico y se dirigía contra el ejecutivo propio del Estado autoritario, es decir, contra el gobierno real, con su ejército y su burocracia. El que se contrapusieran a la ley "formal" estos dos criterios de la ley completamente incompatibles entre sí (¡el Derecho y la injerencia!), calificándolos a ambos de "materiales", no era elegante desde el punto de vista lógico abstracto, pero en la situación política interna concreta del siglo XIX resultaba perfectamente comprensible. En cambio, esto tenía que embrollar los conceptos de Estado legislativo, pues la teoría dominante, a pesar de sus dos conceptos "materiales" de ley, atribuía también al procedimiento legislativo formal el poder de servirse a su antojo de la forma de la ley para revestir cualquier contenido de voluntad, aunque este no fuera ya la ley en sentido material y, por tanto, no tuviera nada que ver con ninguna de las dos determinaciones conceptuales de la ley en sentido material. De esta manera, toda la dignidad propia del Estado de Derecho, que se derivaba del primer concepto de ley en sentido material (ley = norma jurídica) y que irradiaba sobre el procedimiento legislativo formal, quedaba cercenada de su origen y su fuente, que era aquella conexión objetiva con el Derecho. Al mismo tiempo, la idea de protección y de garantía que

había en el segundo concepto de ley (injerencia en la libertad y en la propiedad) era abandonada frente al legislador y reemplazada por un concepto de ley tan solo formal y puramente político, es decir, desligado de toda relación con el Derecho y la justicia. Entonces ya no necesita la ley, ni siquiera en la intención, ser una regulación duradera general (que otorga trato igual a los iguales), con un contenido mensurable y determinado; siempre que observe el procedimiento legislativo, el legislador puede hacer lo que quiera; esto siempre es "ley" y siempre crea "Derecho". Con esto quedaba abierto el camino para una noción funcionalista y formalista de la legalidad, absolutamente "neutral", caracterizada por la ausencia de valores, de cualidades distintivas y de contenido. En tanto que en el Derecho administrativo se continuaba exigiendo firmemente que la ordenanza (a diferencia del decreto) tuviera un carácter general (lo que es comprensible y necesario) y a las normas se les reconocían otras ciertas características (contenido determinado, proporcionalidad, igualdad), en el Derecho político, donde la ley tenía una importancia prácticamente mucho mayor, todo lo relacionado con ella se trataba como un juego teórico sin importancia, falto de "delimitaciones firmes".

Durante todo el tiempo que la situación estatal interna fue normal y pacífica, y la confianza en las instancias participantes en la legislación permaneció inquebrantable, así como su recíproca

cooperación, las dificultades teóricas no plantearon prácticamente ningún conflicto. Cuando se eliminó el dualismo entre Estado y sociedad, minándose al propio tiempo la estructura dualista de la monarquía constitucional, y se identificaron, con una lógica completamente democrática, la voluntad del Estado y la voluntad popular, pareció natural que, de acuerdo con la misma lógica democrática, se calificara de "ley" toda manifestación de la voluntad popular y que se atribuyera a esta ley toda la dignidad y la majestad que corresponde a este concepto, en virtud de su conexión con el Derecho y la justicia. En una democracia es ley la voluntad manifestada en un momento dado por el pueblo presente en dicho momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría momentánea de los ciudadanos votantes; *lex est quod populus jubet.* La diferencia entre norma y mandato, entre intelecto y voluntad, entre *ratio* y *voluntas,* en que se apoya el Estado legislativo parlamentario, con su distinción entre ley y aplicación de la ley, se extingue aquí de nuevo en un concepto "formal" de ley, amenazando así al edificio del sistema parlamentario de la legalidad. Sin embargo, en una democracia consecuente esto es admisible por otros motivos. Porque, según el presupuesto democrático, el pueblo homogéneo reúne todas las propiedades que garantizan la justicia y la racionalidad de la voluntad por él expresada. No existe ninguna democracia sin el presupuesto de la bondad del pueblo y de que, por tanto, su voluntad constituye un móvil suficiente. *Il suffit*

qu'il veut. En la democracia parlamentaria, la voluntad del Parlamento se identifica con la voluntad del pueblo. Aquí una simple resolución de la mayoría del Parlamento puede ser Derecho y ley, siempre que se presuponga que tal resolución posee las cualidades propias de la voluntad popular. También es aquí concebible y admisible un concepto "formal" de ley, pero no incondicionadamente formal, sino ligado a la confianza en la armonía entre la mayoría parlamentaria y la voluntad homogénea del pueblo. Por eso, refiriéndose a las leyes constitucionales francesas de 1875 y a la democracia parlamentaria francesa, pudo decir, hace poco, un eminente autor francés de Derecho político, Carré de Malberg *(La loi, expression de la volonté générale,* París, 1931), que hay que rechazar todos los rasgos objetivos que caracterizan el concepto de ley, como, p. ej., el carácter general y duradero de la regulación, porque la voluntad del Parlamento es de por sí la voluntad inmediata del pueblo soberano, la *volonté générale.* Esta es la fórmula característica de la democracia parlamentaria. En su significación práctica, la democracia parlamentaria se vuelve contra la fiscalización judicial de las leyes, toda vez que semejante control de la jurisdicción sobre el poder legislativo introduciría en el Estado legislativo parlamentario elementos propios del Estado jurisdiccional, que perturbarían, como cuerpos extraños, el claro sistema de legalidad de este tipo de Estado y harían problemática la posición central del Parlamento en cuanto fuente de la legalidad.

Al abandonarse los presupuestos del Estado legislativo democrático y parlamentario, es natural que se cierren los ojos ante la situación constitucional concreta y que para salvar el sistema de la legalidad, se permanezca aferrado a un concepto de ley funcionalista y formal, absolutamente "neutral en cuanto a los valores". Entonces, la "ley" es tan solo la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento. Como se ha mencionado, esto es completamente concebible y admisible cuando se tiene tácitamente puesta la confianza en ciertas cualidades que garantizan el Derecho y la razón, cualidades que se atribuyen al Parlamento, a los parlamentarios y al procedimiento parlamentario, el cual se caracteriza por la discusión y la publicidad. Pero en este lugar se debe subrayar otro requisito, de cuya imprescindibilidad no se tiene, las más de las veces, suficiente conciencia: *La Constitución escrita del Estado legislativo parlamentario tiene que limitarse fundamentalmente a regulaciones orgánicas y de procedimiento.* Este requisito responde tanto a la neutralidad liberal relativa como a la neutralidad funcionalista absoluta de un sistema cuyo procedimiento y cuyos métodos requieren estar abiertos y accesibles a diversas opiniones, direcciones, movimientos y objetivos. Además, para todo Estado legislativo tiene que ser evidente que la Constitución escrita que trate de instituir semejante Estado legislativo no debe usurpar anticipadamente la competencia del legislador por ella sancionado, haciendo ella misma de legislador, al imponer directamente regula-

ciones de Derecho material. El Estado legislativo solo conoce un único legislador ordinario, el cual debe gozar del monopolio de la creación del Derecho material. El Estado legislativo de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX conocía en realidad tres conceptos de ley; pero, para su concepto formal de ley, solo era esencial y determinante la cooperación de la representación popular. Por lo demás, tanto la lucha por el derecho del rey a promulgar ordenanzas jurídicas independientes cuanto el reconocimiento de la sanción real a las resoluciones legales, indicaban que todavía no se había llegado a un Estado legislativo democrático parlamentario. Pero ni siquiera los defensores del derecho del rey a promulgar ordenanzas independientes se atrevían a calificar de leyes a las ordenanzas reales. El claro y convincente axioma de que el Estado legislativo debe tener un solo concepto de ley, un solo legislador y un solo procedimiento legislativo se mantuvo hasta aquí, al menos formalmente, y el sistema de legalidad de este Estado pudo funcionar en la práctica sin contradicciones internas autodestructoras.

2. *La legalidad y la igualdad de "chance"* [1] *para el acceso al poder político*

La Constitución de Weimar proclama, en su artículo 68, el Estado legislativo parlamentario: las

[1] Mantenemos aquí sin traducir la palabra *chance*. Es un término peculiar del modo de pensar y de expre-

leyes del Reich son aprobadas por el Reichstag. Es propio del modo de pensar funcionalista concebir el Derecho y la ley sin relación a ningún contenido, como la resolución tomada en un momento dado por la mayoría del Parlamento en ese momento. Derecho, ley y legalidad se convierten así en procedimientos y modos de escrutinio "neutrales", indiferentes y accesibles a todo contenido. En realidad, el concepto de ley del Estado legislativo parlamentario tiene de por sí una amplia neutralidad frente a los más diversos contenidos; pero para servir de soporte a un Estado legislativo debe poseer ciertas cualidades (carácter general de sus normas, determinación de su contenido, duración). Ante todo, no debe ser "neutral" frente a sí mismo y a sus propios presupuestos. Si el cuerpo parlamentario, sin tener en cuenta las cualidades de sus miembros, se limita a una mera función de registro del voto general de la mayoría y, renunciando a todo requisito "material" de la ley, convierte en ley la resolución mayoritaria, entonces terminan todas las

---

sarse de una época liberal, defensora de la libre competencia y de la *expectation*, y refleja una mezcla de suerte y de ajuste a la ley, de libertad y calculabilidad, de arbitrariedad y responsabilidad, que es característica de esta época. Otras palabras de este tipo son, por ejemplo, ideología y riesgo; posteriormente el "deber ser" con todas sus "correlatividades", así como todas las clases posibles del "valer". Es mejor dejar estas palabras tal como están, para que quede así visible el sello de su procedencia espiritual. En la sociología de Max Weber aparece con frecuencia la palabra *chance*.

garantías de justicia y de racionalidad; pero, al mismo tiempo, el concepto mismo de ley y la propia legalidad se convierten en nociones aritméticas para el cálculo de las mayorías, esto es, en nociones funcionalistas carentes de sustancia y de contenido. El 51 por 100 de los votos en las elecciones da por resultado la mayoría parlamentaria; el 51 por 100 de los votos del Parlamento produce el Derecho y la legalidad; la confianza en el gobierno del 51 por 100 del Parlamento produce el gobierno parlamentario legal.

El método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En este caso, la votación adversa a la minoría no significa una derrota para esta, sino que el escrutinio permite simplemente poner al descubierto una concordancia y una armonía anteriores y que existían en forma latente. Puesto que, como ya se ha dicho, toda democracia se basa en el presupuesto de un pueblo unitario, integral, homogéneo e indivisible, no hay, en realidad, para ella en lo esencial ninguna minoría, y menos aún una mayoría compuesta por minorías fijas y constantes. No es que se acepte el procedimiento de verificación de la mayoría, porque por razones de relativismo o de agnosticismo se renuncie a encontrar lo verdadero y lo justo; en vista de las graves consecuencias que entrañan las decisiones políticas de que aquí se trata, tal cosa sería una renuncia suicida y, como añade Hans Kelsen (*Na-*

turrechtslehre und Positivismus, 1928, pág. 77), solo sería posible "en tiempos relativamente tranquilos", es decir, cuando no se arriesga nada con ello. Es que se presupone que, en virtud de la igualdad de lazos que liga a todos los integrantes de un mismo pueblo, todos quieren esencialmente lo mismo. Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan solo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada. Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y gobernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente solo puede sumarse lo homogéneo. Al funcionalismo sin contenido e incondicional de las mayorías cambiantes se le puede calificar de "dinamismo", aun cuando la falta de estática y de sustancia no es propiamente por necesidad algo dinámico. Pero aunque este procedimiento neutral e indiferente en cuanto al contenido se lleve a sus últimas consecuencias, llegando al absurdo de una mayoría fijada simplemente por vía matemática y estadística, no obstante tiene que presuponerse siempre un principio de justicia material, si no se quiere ver desmoronarse en el mismo momento todo el sistema de la legalidad: tal principio es el de la *igualdad de*

"chance" para alcanzar esa mayoría, abierta a todas las opiniones, a todas las tendencias y a todos los movimientos concebibles. Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de *chance* abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación. Tampoco el funcionalismo ejecutado a base de las mayorías puramente aritméticas puede renunciar a este indispensable presupuesto y fundamento de su legalidad.

El hecho de que el poder estatal sea legal debe conducir ante todo a la derogación y negación como Derecho de todo derecho de resistencia. Pero el viejo problema del "derecho de resistencia frente al tirano", es decir, frente a la injusticia y el abuso del poder estatal, conserva su actualidad, y esa carencia de contenido, de carácter formalista y funcionalista, del Estado legislativo parlamentario no es capaz de resolverlo. Solo conduce a un concepto de legalidad indiferente frente a todo contenido, neutral incluso frente a su propia validez, y que prescinde de toda jus-

ticia material. La falta de contenido de la mera estadística de las mayorías quita a la legalidad toda fuerza de convicción; la neutralidad es, ante todo, neutralidad frente a la distinción entre lo justo y lo injusto. La posibilidad de lo injusto, la posibilidad del "tirano", es escamoteada mediante una prestidigitación formal, que consiste concretamente en hacer que a lo injusto no se le llame ya injusto, ni al tirano se le llame ya tirano, del mismo modo que puede escamotearse la guerra mediante el truco de llamarla "medidas de paz acompañadas de batallas de mayor o menor envergadura" y haciendo pasar a esto como una "definición puramente jurídica de la guerra". De esta manera, el poder legal, por simple "necesidad conceptual", ya no puede cometer injusticias. La antigua teoría del derecho de resistencia distinguía dos clases de "tiranos": el que ha entrado en posesión del poder con arreglo al Derecho, pero después lo ha utilizado mal y tiránicamente, con abuso del mismo, esto es, el *tyrannus ab exercitio*, y el *tyrannus absque titulo*, que es el que ha alcanzado el poder sin título jurídico, el cual es tirano tanto si ejerce bien el poder como si lo ejerce mal. En una situación de neutralidad en cuanto al contenido, o con un concepto funcionalista de la legalidad falto de todo contenido, no puede ya existir la primera clase de tirano, es decir, la del que hace un uso ilegal del poder legalmente obtenido; pero la mayoría tampoco podría ser nunca "tirano sin título jurídico", toda vez que la mayoría se ha convertido en el único título jurídico para la posesión legal

del poder. Solo es ilegal y "tirano" quien ejerza el poder estatal o paraestatal sin tener de su parte la mayoría del 51 por 100. Por el contrario, quien tenga esta mayoría ya no cometerá injusticias, pues todo lo que haga se convierte en Derecho y en legalidad. Como puede verse por estas consecuencias, el principio de un concepto de legalidad funcionalista y sin contenido conduce por sí solo *ad absurdum.*

La pretensión de legalidad convierte en "ilegalidad" a toda resistencia y a toda revuelta contra la injusticia y la antijuridicidad. Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos *hors-la-loi,* excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante. Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada. En vista de esta grave posibilidad, hoy se intenta casi siempre conservar cierta protección, mediante la introducción de mayores dificultades y calificaciones para la obtención de la mayoría de votos, exigiendo para determinados asuntos mayorías de dos tercios u otras cualificadas y tratando, en general, de una parte, de asegurar, bajo la engañosa consigna de "protección de la minoría", garantías frente a la mayoría del 51 por 100,

pero permaneciendo, por otra parte, en el vacío funcionalismo basado en el cálculo de mayorías y minorías puramente aritméticas. En el capítulo siguiente se demostrará que incluso la introducción de tales mayorías calificadas desautoriza y destruye al Estado legislativo parlamentario y a su concepto de legalidad. Sin embargo, puede reconocerse desde ahora que este funcionalismo matemático, que se limita a registrar las decisiones de la mayoría del momento, se anula constantemente a sí mismo cuando deja de observar rigurosamente el principio de la igualdad de *chance* para la obtención de la mayoría. El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de *chance* para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia. A esto se reduce, en definitiva, casi todo lo que hasta ahora se ha propuesto para justificar la dominación de la mayoría, así como también lo que dice sobre esta cuestión la única monografía existente (W. Starosolskyj: *Das Majoritätsprinzip,* Viena, 1966, páginas 63-64) sobre la necesidad de introducir un "cambio en la composición personal de la mayoría" y sobre la necesaria "indeterminación" que presenta la dominación de la misma.

Kurt Wolzendorff, en su célebre libro sobre la teoría del derecho de resistencia estamental *(Staatsrecht und Naturrecht,* Breslau, 1915), ha fundamentado y justificado la eliminación del derecho de resistencia con la introducción de una vía jurídica o de reclamación regular. Pero mucho más importante que el establecimiento de una protección jurídica regular, y, por tanto, que el mantenimiento del *chance* judicial para incoar un proceso, es para el Estado legislativo parlamentario este mantenimiento de la igualdad de *chance* para alcanzar la mayoría, es decir, para llegar al poder político. Porque si un partido domina el 51 por 100 del cuerpo legislativo, puede hacer de modo legal las leyes que sirven de norma para la justicia y, por tanto, puede incluso dictar a la justicia, que está ligada a la ley, el contenido de sus decisiones, tanto en los litigios civiles, laborales, penales y disciplinarios cuanto en todas las demás clases de litigios. Además, este partido mayoritario forma el gobierno legal, el cual maneja todos los medios del poder estatal para la ejecución de la ley. De esta manera, el *chance* judicialmente protegido del partido no dominante se convierte en lo contrario de un *chance*. Quien tiene la mayoría, hace las leyes vigentes y, además, pone en vigor las leyes elaboradas por él mismo. La vigencia y la puesta en vigor, la creación y la sanción de la legalidad, son monopolio suyo. Pero lo más importante es que el monopolio de la puesta en vigor de la ley vigente le confiere la posesión legal de los medios del poder estatal y, con ellos, un poder político que

rebasa ampliamente el simple "valor" de las normas. El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un Estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo. Por más estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta el Estado legislativo en la ejecución de la ley, resalta "siempre lo ilimitado que está detrás", como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una *plusvalía política adicional,* que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una *prima superlegal a la posesión legal del poder legal* y al logro de la mayoría.

En tiempos tranquilos y normales, esta prima política es relativamente calculable, pero en una situación anormal es completamente incalculable e imprevisible. Siempre es de tres clases. En primer lugar, surge del empleo y aplicación de conceptos indeterminados y discrecionales, tales como "seguridad y orden públicos", "peligro", "estado de necesidad", "medidas necesarias", "hostilidad al Estado y a la Constitución", "espíritu de paz", "intereses vitales", etc. Tales conceptos, sin los cuales no puede pasarse ningún Estado, tienen la propiedad de estar ligados inmediatamente a la situación del momento, de que reciben todo su contenido concreto de las circunstancias concretas a que son aplicados y, so-

bre todo, de que su aplicación y su manejo concreto es el único medio decisivo en todas las épocas y situaciones difíciles y políticamente importantes. En segundo lugar, el titular legal del poder del Estado tiene siempre de su parte, en los casos dudosos, la presunción de legalidad, casos estos que se presentan siempre, naturalmente, en los momentos en que predominan conceptos vagos y en las situaciones políticamente difíciles. En tercer lugar, finalmente, sus ordenanzas también son ejecutables inmediatamente, aun en los casos de legalidad dudosa, incluso cuando se prevean posibilidades de reclamación y solicitud de protección ante la justicia. En una competición de velocidad entre el ejecutivo y la justicia, esta llegaría casi siempre demasiado tarde, aun cuando se pusiese en sus manos el eficaz instrumento de poder dictar disposiciones y decretos provisionales, en los casos políticos interesantes. De ahí que aunque el *chance* de obtener protección judicial signifique, en realidad, una corrección necesaria y una protección que no es de despreciar, la justicia no puede ser decisiva en la lucha política ni soportar por sí sola los principios de equidad propios de esta especie de legalidad, especialmente el mantenimiento de la igualdad de *chance*. Para la conciencia jurídica actual del pueblo alemán, aguzada por muchas experiencias de la política exterior, hay que añadir aún que el *chance* de obtener protección judicial en los conflictos políticos ha perdido valor y prestigio. Tal como están hoy las cosas, no podría exigirse, por ejemplo, al pueblo alemán que, por

el *chance* de ganar un proceso jurídico internacional en cuestiones de política exterior de importancia vital para él, firmara su sentencia de muerte.

En consecuencia, todo depende del principio de la igualdad de *chance* para alcanzar el poder. Abandonar este principio significa para el Estado legislativo parlamentario renunciar a sí mismo, a su justicia y a su legalidad. Pero ¿sirven aquí para algo la buena voluntad y los mejores propósitos? Todo momento crítico pone en peligro el principio de la igualdad de *chance*, ya que pone al descubierto el antagonismo irrevocable que existe entre la prima a la posesión legal del poder y el mantenimiento de la igualdad de *chance* para alcanzar el poder político interno. Por un lado, la igualdad de *chance* queda ya anulada por la mera presunción de legalidad que beneficia a todas las manifestaciones del poder estatal, y por otro lado, ningún poder legal puede renunciar a esta presunción. Por un lado, es propio del contenido esencial del principio de la igualdad de *chance* que su interpretación y su aplicación concretas no son realizadas unilateralmente, sino que son una misma para todos los partidos, en igualdad de condiciones; por otro lado, un concepto como el de "igualdad de *chance*" es de por sí también uno de aquellos conceptos imprecisos y ligados inmediatamente a la situación concreta, cuya interpretación y aplicación competen necesariamente al poder legal y, por tanto, al partido dominante en cada momen-

to. Este último determina por sí solo las posibilidades de acción que está dispuesto a permitir a su adversario político interno; para ello determina por sí solo cuándo comienza la ilegalidad del competidor. Evidentemente, esto no es ya competencia equitativa ni es ya igualdad de *chance* para alcanzar el poder.

El principio de la igualdad de *chance* es tan delicado, que el simple hecho de poner seriamente en duda el espíritu de lealtad de todos los participantes en la lucha política hace imposible su aplicación. Porque, evidentemente, solo se puede mantener la igualdad de *chance* para aquel del que se está seguro de que la mantendría para los demás; toda otra aplicación de un principio semejante no solo equivaldría en la práctica a un suicidio, sino que significaría también un golpe contra el principio mismo. Esta necesidad hace que el partido que ostenta legalmente el poder, por el mismo hecho de poseer los medios del poder estatal, tiene que determinar y decidir por sí mismo la interpretación y el empleo de los conceptos de legalidad e ilegalidad en los casos de importancia política que se presenten. Este es un derecho suyo inalienable. Pero es igualmente un derecho inalienable de la minoría que aspira a obtener el poder estatal, habida cuenta del derecho a la igualdad de *chance* que se le reconoce, el poder juzgar no solo su propia legalidad e ilegalidad concreta, sino también sobre la legalidad y la ilegalidad de la parte contraria que se encuentra en posesión de los medios del poder esta-

tal. Así, pues, el principio de la igualdad de *chance* no contiene en sus propios presupuestos internos ninguna respuesta al interrogante que se plantea en todo momento crítico, y que es prácticamente el único decisivo, acerca de quien dirime y decide, en caso de conflicto, las dudas y las diferencias de opinión. Precisamente es propio del principio de la igualdad de *chance* el que la interpretación de aquellos conceptos imprecisos y construidos para una situación concreta, tales como son los de orden público, hostilidad hacia el Estado y la Constitución, pacífico o no pacífico, pero ante todo también los de espíritu legal o ilegal, se haga en condiciones de paridad absoluta para el partido dominante, para la mayoría y la minoría. Una salida práctica sería buscar la solución a este problema en la introducción de un "tercero imparcial", para que decida el conflicto, ya sea guardando las formas judiciales o bien sin sujetarse a ellas. Pero entonces se sacrificaría el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario. Porque, frente a ambas partes, este tercero sería un tercero superior supraparlamentario y supradem ocrático, y la voluntad política no se determinaría ya a través de la libre competencia por el poder entre partidos políticos dotados de *chances* fundamentalmente iguales para alcanzarlo. Tampoco la problemática que surge del principio mismo se resolvería a base del principio, sino que habría que reconocer que este conduce a cuestiones insolubles y a situaciones críticas. *Tan pronto como se abandona el presupuesto de un espíritu de igualdad ante la ley para*

ambas partes, que es una condición de la legalidad de este sistema, ya no hay solución. El partido mayoritario que ostenta legalmente los medios del poder estatal tiene que admitir que si el partido contrario logra, por su parte, la posesión del poder legal, utilizará los medios que este le brinda para atrincherarse en él y cerrar la puerta detrás de sí y, por tanto, para suprimir por la vía legal el principio de la legalidad. La minoría que aspira a la posesión del poder proclama que la mayoría dominante ha utilizado así el poder desde hace mucho tiempo; con ello declara, *explicite* o *implicite,* ilegal al poder estatal existente, reproche que no puede permitirse ningún poder legal. Así, en el momento crítico, cada uno reprocha al otro su ilegalidad y cada uno se hace pasar por el guardián de la legalidad y de la Constitución. El resultado es una situación "alegal" y "aconstitucional".

En toda concepción de los llamados "derechos políticos", basada en la igualdad de derechos y la coordinación, puede tener lugar una crisis semejante de la legalidad. Ciertos conceptos propios de la política exterior y del Derecho internacional, como los de seguridad, peligro de guerra y de agresión, amenaza, agresión, responsabilidad por actos bélicos, etc., conocen esta misma clase típica de dialéctica. Así, p. ej., en la llamada cláusula de "proscripción de la guerra" del Pacto Kellog de 1928, varias potencias han previsto explícitamente que toda violación del pacto por otro Estado las desligaría de las obligaciones

del pacto frente al violador. Esta cláusula no es injusta; a decir verdad, se comprende por sí misma. Pero en seguida se ve que el Pacto carece de valor en caso de presentarse las circunstancias críticas para las que precisamente se había previsto, esto es, para el caso de guerra; al menos, mientras permanezca en vigor la igualdad incondicional de derechos y mientras no suceda, como acaso sucederá probablemente en la realidad política, que una gran potencia imperialista o un grupo de potencias imperialistas se arroguen el papel de tercero hegemónico e interpreten y sancionen directamente los conceptos imprecisos del pacto, incluyendo en primer término el concepto de "guerra". Pero en la política interna solo podría pronunciar una decisión concreta análoga, que ponga fin a la insoluble antinomia, el partido que esté en posesión legal del poder. Ahora bien: al hacerlo así se convertirá en tercero hegemónico y derogará en el mismo momento el principio de su legalidad, esto es, el principio de la igualdad de *chance*. En otras palabras, entonces decide la supremacía política que confiere la posesión legal del poder estatal.

La gran prima que se otorga a la posesión legal del poder, constituida por las tres ventajas de la interpretación arbitraria, la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata, despliega toda su eficacia práctica en el uso de la posibilidad de eliminar toda idea de igualdad de *chance*, en virtud de las facultades que conllevan los poderes extraordinarios propios del estado de excepción.

Confiere además al partido gobernante no solo los medios para apoderarse del "botín", de los *spoils* del adversario vencido, según el viejo estilo, sino que, gracias al derecho a imponer contribuciones y tributos, en un Estado cuantitativamente totalitario esta prima equivale a disponer libremente de todas las rentas de la población. Basta con contemplar este aspecto de las posibilidades que brinda la legalidad, para captar sus repercusiones sobre el principio de la legalidad del Estado legislativo parlamentario. A esta gran prima se añaden entonces otras muchas primas de menor importancia. Así, un partido mayoritario puede utilizar, en ventaja suya y en perjuicio de sus competidores políticos internos, las reglamentaciones legales electorales para las elecciones y los escrutinios del período electoral siguiente. Puede, como ha hecho con una mayoría exigua el Landtag prusiano, al final del período electoral, por resolución del 12 de abril de 1932, dificultar deliberadamente la elección de un nuevo presidente del Consejo de ministros, valiéndose de una reforma del reglamento interno (art. 20) para el siguiente período electoral, con lo cual ha quitado al adversario su *chance* y ha mejorado el suyo para formar un ministerio de negocios, esto es, para continuar en la posesión legal del poder, a pesar de no tener ya la mayoría. Los "ministerios de negocios", que funcionan ahora en varios países alemanes durante meses e incluso durante años, proporcionan ejemplos especialmente aleccionadores de la clase de prima que aquí interesa, o sea, de la prima que goza el

titular legal del poder, una vez que logra instalarse en el mismo. Estos ministerios de negocios no solo despachan todos los "negocios pendientes", como prescribe, por ejemplo, la Constitución prusiana. El mismo Tribunal de garantías constitucionales del Reich ha hecho caso omiso de esta disposición constitucional (Lammers-Simon, I, pág. 267); y como, cuando las intenciones ya no son leales, resulta fácil confundir los negocios pendientes con los que no lo son, en vez de leer "negocios pendientes", se acaba por leer simplemente "todos los negocios", equiparando totalmente, mediante este recurso verbal, el ministerio de negocios al gabinete parlamentario ordinario, si bien solo en cuanto a sus facultades de disposición, pero no en cuanto a sus obligaciones. De esta manera, una mayoría lograda anteriormente, pero que ahora ha dejado de ser mayoría, permanece en posesión de los medios del poder estatal, mientras el partido contrario no obtenga, por su parte, una clara mayoría frente al que está instalado en el poder. La justificación interna de esta situación no es ya entonces, evidentemente, el principio democrático de las mayorías, sino solamente la detentación fáctica del poder estatal, obtenida anteriormente por la vía legal. Ya no rige la igualdad de *chance*, sino tan solo el triunfo del *beatus possidens*. En la misma medida en que tales primas a la posesión del poder reciben una significación política decisiva y en que su aprovechamiento sin miramientos se convierte en un medio obvio del partido para afirmar su poder, pierde todo crédito

el principio de la igualdad de *chance* y, por tanto, el fundamento de la legalidad del Estado legislativo parlamentario. Finalmente, cuando se ha llegado a estos extremos, lo único que cuenta es quién tendrá en sus manos el poder legal, en el momento en que se lance por la borda todo el sistema de la legalidad, para establecer después su poder sobre nuevas bases.

CAPITULO II

LOS TRES LEGISLADORES EXTRAORDINARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

1. El legislador extraordinario "ratione materiae"; la segunda parte de la Constitución de Weimar como una segunda Constitución

En el Estado legislativo parlamentario es ley la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento; en la democracia directa es ley la voluntad momentánea de la mayoría popular del momento. La lógica del principio democrático de las mayorías requiere dos factores: en primer lugar, la momentaneidad, y en segundo lugar, la mayoría simple, o sea, del 51 por 100. Desde luego, en casi todas las Constituciones democráticas hay excepciones al principio de la mayoría simple; en ciertos casos basta un *quorum* menor, y en otros se exige un *quorum* más elevado. Pero hay que esclarecer si solo se trata de divergencias del principio fundamental de la mayoría simple en cuestiones de procedimiento, como, por ejemplo, la mayoría calificada de dos

tercios que exige el artículo 29 de la Constitución del Reich para celebrar sesiones a puerta cerrada, o la de un tercio solamente que exige el artículo 24 para la convocatoria del Reichstag; o bien si la divergencia ha sido introducida como un precepto de Derecho sustantivo para determinadas resoluciones de contenido material. La cuestión de la reforma de la Constitución (art. 76 de la Constitución del Reich) es también esencialmente distinta, según se entienda por "Constitución" tan solo un conjunto de reglas orgánicas y procesales o se incluyan también en ella preceptos de Derecho sustantivo. Solo los casos de elaboración de normas jurídicas sustantivas contienen una desviación y modificación manifiesta y fundamental del precepto básico de la mayoría simple. En estos casos, se trata siempre de poner dificultades a la adopción de resoluciones, no de dar facilidades para las mismas, de tal manera que para aprobar una ley se exige una mayoría superior al 51 por 100. En la segunda parte de la Constitución de Weimar se introducen estas divergencias jurídicas sustanciales en una extensión sin precedentes en la historia constitucional, mediante numerosas "ataduras", garantías, declaraciones de inviolabilidad, seguridades y otras disposiciones jurídicas de carácter sustantivo. Esta segunda parte de la Constitución del Reich lleva el título impreciso y desorientador de "derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes". En realidad, es una segunda parte contrapuesta a la primera, heterogénea respecto a la que organiza

un Estado legislativo parlamentario; en suma, una segunda Constitución.

La desviación del principio fundamental de la mayoría simple radica aquí en que para aprobar leyes de determinado contenido jurídico sustantivo se exige la mayoría calificada de dos tercios del artículo 76 de la Constitución del Reich. Si en atención a la claridad tomamos ahora en consideración solamente al Reichstag y dejamos a un lado el derecho de veto del Reichsrat, la "garantía" consiste esencialmente en que para aprobar una ley se necesitará en lo sucesivo el voto afirmativo del 66,66 por 100, en vez del 51 por 100. Pero mediante esa diferencia del 15,66 por 100 (que, aritméticamente considerada, es naturalmente tan solo cuantitativa) se ha introducido una cambio cualitativo de graves consecuencias e, incluso, una subversión en la legalidad del Estado legislativo parlamentario. Porque ahora se plantea la cuestión de cuál es propiamente la *ratio* de esta exigencia de un 15,66 por 100 más. ¿En qué se basa la calidad y la dignidad de esa cantidad adicional de votos, que es capaz de constituir un legislador de categoría superior al legislador ordinario y una legalidad más vigorosa que la de este? El entregar la decisión en manos de la mayoría simple puede explicarse como método para la fijación de la voluntad y no viola el presupuesto de la homogeneidad del pueblo democrático. Pero este requisito del 15,66 por 100 adicional es, evidentemente, otra cosa.

Tal vez se responda que aquí solo se trata de un medio técnico-práctico, destinado a dificultar la adopción de resoluciones, ya que el 66 o el 67 por 100 no se reúne tan fácilmente como el 51 por 100. Entonces solo interesaría poner un freno a las decisiones, y tal vez se asocie también a este freno la idea de que con él podrá adoptarse una resolución mejor y más justa. Esta explicación, que es completamente plausible, contemplada más detenidamente solo indica que, cuantitativamente, 66 es más que 51, lo que indudablemente es exacto, pero esto no afecta al problema técnico de la Constitución. Desde el punto de vista teórico-constitucional, la cuestión apunta a algo distinto; apunta a las magnitudes centrales del Estado legislativo, esto es, al legislador, al concepto de ley y al concepto de legalidad. Si mediante el 15 por 100 adicional se establece una nueva categoría de legislador, esto no puede justificarse con solo indicar que ese 15 por 100 adicional dificulta la adopción de resoluciones, a la vez que no se reconoce ninguna calidad específica a dicho 15 por 100 adicional y se hace caso omiso del presupuesto democrático de la homogeneidad del pueblo. Si la mayoría simple y la mayoría calificada son idénticas y constituyen uno y el mismo legislador, y solo se trata de una modificación interna, por así decirlo, reglamentaria, entonces no existe ningún antagonismo entre normas inferiores y normas superiores. Las dificultades que se ponen a la formación de la mayoría, puramente cuantitativas, solo se manifiestan negativamente en la práctica, como un

freno; no contienen ningún principio general positivo de justicia o de razón, ni un punto de vista específicamente constitucional, ni son por esencia algo democrático. Sería, en suma, una clase especial de "justicia" el declarar que una mayoría es tanto mejor y más justa cuanto más aplastante sea, y afirmar en abstracto que el que noventa y ocho hombres maltraten a dos hombres no es, ni con mucho, tan injusto como el que cincuenta y un hombres maltraten a cuarenta y nueve. La matemática pura se convierte aquí en inhumanidad pura. Pero tampoco sería en modo alguno especialmente democrático decir que la calidad y la justicia de una ley dependen de la magnitud cuantitativa de la mayoría con que fuera aprobada y que, por tanto, sin necesidad de atender al contenido, una resolución adoptada por el 67 por 100 de los votos es una norma superior en 16 grados a una resolución que solo ha obtenido el 51 por 100. La distinción entre leyes ordinarias y leyes de rango superior descansa, en los casos que aquí interesan, no en el principio del *quorum*, sino en la voluntad de la Constitución; pero, según los principios democráticos generales, la misma Constitución puede aprobarse por mayoría simple.

El requisito de una cantidad de votos a añadir a la mayoría simple no puede, pues, justificarse con principios democráticos y menos aún con la lógica de la justicia, de la humanidad y de la razón, sino solamente mediante consideraciones de carácter técnico y práctico sobre la situación

actual. Toda democracia, incluyendo la parlamentaria, descansa fundamentalmente sobre el presupuesto de la homogeneidad plena e indivisible. Como se ha dicho, el único sentido del escrutinio es servir de medio para verificar una conformidad, no para declarar una victoria opresora de la mayoría, sino para descubrir la unidad que siempre tiene que existir en un estrato más profundo, sin la cual se acabaría la democracia. Ahora bien: puesto que en una democracia no hay, legítimamente, ninguna división duradera y organizada del pueblo en mayoría y minoría, tampoco hay frente a la mayoría intereses duraderos que merezcan y necesiten ser protegidos. En la realidad, esta necesidad de protección puede ser muy grande. Pero hay que hacer notar entonces que con ello se niega la democracia, y de poco sirve esperar que una democracia "verdadera" o superior tome a su cargo la auténtica protección de las minorías. Tan pronto como penetra decisivamente en la Constitución el punto de vista basado en la existencia de determinados intereses y derechos que, por razón de su contenido, merecen y necesitan ser protegidos, no solo se modifica el principio democrático, sino que se instaura una Constitución de una especie totalmente diferente. Con ello se expresa una desconfianza antidemocrática en la mayoría simple, o bien se excluyen de la democracia ciertos objetos, personas o grupos de personas protegidos, a los que se exime y se favorece frente a la mayoría, como comunidades especiales más o menos exclusivas. Llevado a sus últimas conse-

cuencias, el reconocimiento de la existencia de determinados intereses o grupos amenazados por la mayoría, que merecen y necesitan ser protegidos, tiene que conducir a que estos intereses o grupos sean sustraídos por completo a la momentaneidad del funcionalismo de los métodos de votación parlamentarios y democráticos. Según esto, sería lógica su total exención con *itio in partes* o el reconocimiento de su derecho al éxodo y la secesión. Esto no es, evidentemente, lo que intenta la segunda parte de la Constitución de Weimar; esta parte no es más que un fragmento de otra especie de Constitución, que se contrapone a la neutralidad axiológica y sin contenido de la Constitución propia del Estado legislativo parlamentario.

Si al objeto de la protección se le protege frente a la mayoría, por razón de su valor intrínseco especial y tal vez por razón de su carácter sagrado, entonces la protección consistente en la necesidad de añadir al 51 por 100 de la mayoría simple otro 16 por 100 adicional significa, evidentemente, algo insuficiente y solo un expediente de urgencia. Porque el 16 por 100 adicional no está calificado, por su parte, por razón de su contenido, respecto al objeto de la protección; no se le presuponen propiedades que lo distingan del 51 por 100 restante. Tampoco está con el objeto protegido en una relación específica, de carácter material o personal, que pudiera ser causa precisamente de que tuviera que dar su asentimiento a la injerencia en este objeto y

a la violación de su protección. No ocurriría así cuando, p. ej., en caso de desconocimiento de intereses especialmente garantizados de las asociaciones religiosas, tuviera que ser escuchada y tuviera que dar su asentimiento cualquier representación de estas asociaciones religiosas, o cuando los derechos adquiridos de los funcionarios, declarados inviolables por el artículo 129 de la Constitución del Reich, no pudieran ser violados en contra de la voluntad unánime de los representantes de los funcionarios o de todos los diputados en ejercicio. Más bien se reduce al cálculo puramente cuantitativo y aritmético. Esto no significa sino que, del mismo modo que en la mayoría aritmética simple, también en esta mayoría calificada se presupone una homogeneidad incondicionada, pues de no ser así, con arreglo a los principios fundamentales de la aritmética más primitiva que aquí rigen, no sería posible ni siquiera una adición. Desde este supuesto de la homogeneidad, no se justifica otra cuenta de votos que la de la mayoría simple, al menos por lo que se refiere a los intereses y los grupos objetivamente determinados. En cambio, si se abandona el presupuesto de la homogeneidad integral, se reconoce que la masa de los ciudadanos no piensa ya unitariamente, sino que está dividida pluralísticamente en un conjunto de complejos heterogéneamente organizados, por lo que también tiene que reconocerse que frente a tales complejos heterogéneos de poder pierde su sentido todo principio aritmético de las mayorías. Solo pueden sumarse magnitudes homo-

géneas. Y una de dos: o bien un complejo de poder único dispone de las mayorías reglamentarias, sean simples o calificadas (en cuyo caso todo lo que haga es legal, sin más, y para ningún partido contrario hay ya ninguna protección), y entonces el 15 ó 16 por 100 adicional no significa ninguna nueva justificación, puesto que ese porcentaje es homogéneo con el 51 por 100 de la mayoría simple, y más bien justificaría, por el contrario, una necesidad de protección aún más fuerte; en efecto, la desconfianza contra la mayoría simple tendría que aumentar aún más en presencia de una mayoría homogénea de dos tercios, pues la peligrosa mayoría más fuerte es, evidentemente, mucho más peligrosa que la peligrosa mayoría simple. O bien la mayoría reglamentaria se realiza únicamente en virtud de un compromiso entre varios complejos heterogéneos de partidos. Entonces es ley del compromiso momentáneo entre fragmentos heterogéneos de poder. Pero entonces también resulta inadmisible toda clase de escrutinio integral, y la introducción de una mayoría de votos calificada, en lugar de la mayoría simple, solo significa que el 15 ó 16 por 100 adicional es heterogéneo y adquiere, de una manera que nada tiene que ver con lo que se trata, una posición clave que le permite exigir contraprestaciones sin relación con el punto debatido. Frente a un grupo cristiano-conservador, de un lado, y a un grupo radical-cultural, del otro, un partido de clase media podría, p. ej., hacer depender su voto, en favor o en contra de la descristianización y de la secu-

larización del Estado, de que se suprima el impuesto de inquilinato. Como se sabe, en todos los tiempos y en todas las formas de Estado son concebibles y posibles transacciones políticas similares, y muchos convenios entre los consejeros de gabinete de un príncipe absoluto y sus favoritas se basaban también probablemente en motivos y puntos de vista muy heterogéneos. Pero en las formaciones de mayorías simples, y más aún en las de mayorías calificadas, del Estado pluralista de partidos, esta clase de "compromisos" se hace típica y, por así decirlo, institucional. Para los partidos pequeños y medianos, la práctica de tales combinaciones es una cuestión francamente vital. Tiene también—y sobre esto ha llamado la atención de una manera explícita J. Popitz *(Deutsche Juristen-Zeitung,* 1929, pág. 20)—un interés en afirmar el carácter de enmienda de la Constitución que tiene una ley por el hecho de haber sido adoptada por una mayoría capaz de reformar la Constitución. Para la cuestión fundamental que aquí interesa, la desviación del principio de la mayoría simple, se convierte en un problema especial, sobre todo porque la dificultad puesta a la formación de la voluntad, por motivos de contenido material, tiene que permanecer en una relación de contenido material con el contenido que merece ser protegido. Pero según la regulación hoy vigente, esto no es exactamente así. Precisamente esta falta de relación entre un motivo para la obstaculización determinado por el objeto y un modo de obstaculización completamente sin ob-

jeto constituye lo contradictorio de tales desviaciones del principio democrático de la mayoría. Cuando no se tiene confianza en la mayoría simple, se gana tal vez mucho, pero tal vez también muy poco, según los cambios que se operen en la situación, cuando se tiene que añadir algún porcentaje de votos. ¿Con qué derecho puede este porcentaje adicional de votos restablecer la confianza perdida? Si determinados intereses y grupos deben ser garantizados por motivos materiales, también deben ser excluidos del proceso democrático de formación de la voluntad, en virtud de ciertas instituciones especiales que ya no son democráticas, es decir, deben ser eximidos y privilegiados. Pero no es lógico excluirlos del funcionalismo de los métodos estadístico-aritméticos, poniéndoles dificultades puramente cuantitativas, y al mismo tiempo dejarlos dentro de ellos. De esta manera se abandona el principio democrático de la mayoría simple, basado en la presupuesta homogeneidad, sin adoptar ningún principio nuevo. Como se ha dicho, semejante solución es reconocida, todo lo más, como un expediente de urgencia de carácter técnico-práctico, propio de una fase intermedia todavía incierta.

Aquí la cuestión no es si las garantías jurídicas materiales o las Constituciones de la especie de la de la segunda parte de la Constitución de Weimar son en sí razonables y justas. Lo son, sin duda. Pero están en una contradicción estructural con la neutralidad axiológica del Esta-

do legislativo parlamentario organizado en la primera parte, y no solo lo limitan, sino que también lo destruyen. En primer lugar, porque cada garantía y cada disposición de esta clase significa ante todo una garantía frente al simple legislador ordinario y normal, que es la mayoría parlamentaria, con lo que la base del Estado legislativo parlamentario, que es la confianza incondicional en el legislador ordinario, resulta socavada, por así decirlo, por vías constitucionales. Además, estas garantías jurídicas materiales de la segunda parte de la Constitución de Weimar tienen un ámbito extraordinariamente amplio e indeterminado; y aún puede ser ampliado más, hasta lo indescriptible, con ayuda de "positivaciones" y de "actualizaciones" de los conceptos, los principios y las directrices imprecisos que contiene la segunda parte. Pero, en el aspecto que aquí nos interesa, hay que observar ante todo que semejantes garantías jurídico-materiales traen confusión al funcionalismo del Estado legislativo (que, de no ser por esto, se conservaría claro), para el cual es ley la voluntad momentánea de la mayoría del momento. Las garantías jurídico-materiales que establece la Constitución deben proteger justamente de la momentaneidad instantánea del legislador ordinario, asegurar un determinado contenido ante el funcionalismo vacío de las mayorías que pone en manos de la mayoría del momento todos los valores de contenido material, mientras que el procedimiento legislativo de la democracia parlamentaria debe estar, por el contrario, abierto

a todo contenido, a toda opinión, a toda aspiración y a todo propósito. Al parecer, como consecuencia del requisito de una mayoría más difícil de lograr, aparece ahora una nueva clase de momentaneidad e instantaneidad: la ley superior (ley constitucional) es entonces simplemente la voluntad momentánea de la mayoría momentánea de dos tercios. Pero esta clase nueva y "superior" de momentaneidad está en contradicción con la clase primera e "inferior", porque no está concebida como desprovista de contenido y neutral en cuanto a los valores y, por tanto, tampoco de una manera funcionalista. Esto es consecuencia del hecho de que la Constitución pone de relieve determinados contenidos axiológicos y de que hay también ciertas instituciones sagradas, como el matrimonio (art. 119) y el ejercicio del culto (art. 135), que deben estar bajo la "protección de la Constitución" misma, mientras que la momentaneidad funcionalista del Estado legislativo parlamentario, en su neutralidad axiológica incondicional, quiere disponer también de la facultad de eliminar precisamente estas instituciones sagradas. Evidentemente, nos encontramos aquí ante un antagonismo incompatible, constituido, de un lado, por esa "acentuación de los valores", por ese "sistema de sentidos" para percibir el contenido (R. Smend), o como se quiera llamar a las disposiciones de la segunda parte, que no están concebidas de un modo funcionalista, sino que han sido dotadas de un contenido material y sustancial y, por otro lado, por este funcionalismo incondicional, indi-

ferente y neutral (según la interpretación dominante del art. 76) incluso frente a sí mismo y frente a su propio sistema de legalidad, establecido en la primera parte de la Constitución, o sea, en la parte orgánica. No se puede poner solemnemente bajo la protección de la Constitución al matrimonio, la religión y la propiedad privada, y que, al tiempo, esa misma Constitución ofrezca el método legal para su desconocimiento. No se puede rechazar solemnemente un "radicalismo cultural no creyente" y dejarle abiertas al mismo tiempo todas las "válvulas" legales y una igualdad de *chances*. Y es una excusa mezquina, incluso inmoral, declarar que legalmente es posible desconocer el matrimonio o la Iglesia, pero que es de esperar que no se produzcan mayorías simples o calificadas que deroguen de modo legal el matrimonio o implanten un Estado ateo o laico. Si la legalidad reconoce semejante posibilidad—y esto es evidente para el funcionalismo que domina el concepto de ley y de ley constitucional—, entonces todos los reconocimientos de la segunda parte de la Constitución son, en realidad, instituciones sagradas que "funcionan en el vacío". La teoría y la práctica jurídicas de tal Constitución se encuentran ante la siguiente alternativa: o bien abandonan la consecuente neutralidad axiológica—respecto a los valores jurídicos, morales y políticos—de la parte orgánica, o bien abandonan el "sistema de sentidos" del contenido de la segunda parte de la Constitución. Porque la Constitución es un todo, y hasta para

una *routine* administrativa y judicial completamente subalterna son inevitables los efectos, tanto próximos como "remotos", de sus axiomas. Entre la neutralidad axiológica por principio del sistema funcionalista de la legalidad y la acentuación axiológica por principio de las garantías de contenido material establecidas por la Constitución no hay término medio. El funcionalismo de la mayoría calificada sería, cuando menos, un "compromiso" razonable. Quien quiere permanecer neutral ante la cuestión de la neutralidad o de la no neutralidad, se ha decidido ya en favor de la neutralidad. La afirmación de valores y la neutralidad ante los valores se excluyen recíprocamente. Frente a una afirmación de valores formulada en serio, la neutralidad axiológica formulada en serio significa una negación de los valores.

Donde mejor puede apreciarse hasta qué punto es evidente por sí misma, para la opinión aquí expresada, que es la que se considera como dominante, la neutralidad axiológica básica e incondicional del sistema de legalidad que se ha hecho funcionalista, es en los *Comentarios* a la Constitución del Reich, de G. Anschütz (14.ª edición, 1932, págs. 404 y sgs.). Este sagaz comentario del eminente maestro llama, con una acentuación especial, "teoría nueva" y "teoría moderna" a la opinión representada hoy por numerosos profesores de Derecho político, según la cual debería haber algún límite para la reforma constitucional con arreglo al artículo 76 de

la Constitución del Reich. Los argumentos y las delimitaciones de estas teorías "nuevas", que cada vez se hacen más numerosas—H. Triepel, Carl Bilfinger, E. Jacobi, O. Koellreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewenstein y otros—, difieren unos de otros. La primera y más importante diferencia podría consistir en que algunos de estos autores reconocen como sacrosantos los contenidos sustanciales y, en cambio, otros, sobre todo R. Thoma y W. Jellinek, solo consideran inviolables ciertos presupuestos conceptuales internos de necesidad vital para el sistema de la legalidad, que en lo demás es neutral en relación con los valores, y acaso solo consideran inviolables un mínimo del concepto de ley en sentido material, la igualdad de *chance,* la libertad de discusión y el derecho de sufragio. Especialmente R. Thoma—que quería descalificar la concepción de Carl Bilfinger y mía sobre el artículo 76, por considerarla "ilusoria" *(Handbuch des deutschen Staatsrechts,* II, página 154)—dice que las resoluciones que reprimen la libertad de conciencia o "pisotean cualquiera de los demás principios de libertad y de justicia que son considerados sagrados en todo el mundo cultural de nuestros días, con la excepción del fascismo y el bolchevismo" pueden ser anticonstitucionales, aunque cuenten con una mayoría suficiente para la reforma de la Constitución. Aquí, por lo menos, es todavía sagrado el mismo sistema jurídico burgués con su concepto de ley y su concepto de libertad, y a la neutralidad liberal respecto a los valores se la

considera como un valor y se nombra abiertamente al enemigo político: al fascismo y al bolchevismo. En Anschütz, por el contrario, la neutralidad axiológica va desde su sistema de legalidad, aún funcionalista, hasta la neutralidad absoluta frente a sí mismo, y ofrece una vía legal para la supresión de la propia legalidad, de manera que en su neutralidad llega hasta el suicidio. Todo lo que se resuelve por el camino de la ley, ya sea con mayoría simple o bien con mayoría calificada para la reforma constitucional, es absoluta e incondicionalmente legal y en realidad, como dice el mismo Anschütz, "todo ello sin diferencia de contenido ni de alcance político".

Si esta es la teoría dominante y "antigua", no hay ningún objetivo anticonstitucional. Todo objetivo, ya sea revolucionario o reaccionario, subversivo, hostil al Estado, antialemán o ateo, es lícito y no debe ser privado del *chance* de ser alcanzado por vía legal. Toda limitación y obstaculización de este *chance* sería anticonstitucional. Frente a los numerosos dictámenes y sentencias judiciales sobre la legalidad o ilegalidad de las organizaciones nacionalsocialistas, sobre el enjuiciamiento de la pertenencia a tales organizaciones con arreglo al Derecho de funcionarios y al Derecho del trabajo, sobre el "carácter pacífico" de sus reuniones, etc., quisiera subrayar una vez más que, por lo que se refiere a los nacionalsocialistas, los comunistas, los ateos, etcétera, la respuesta decisiva a tales cuestiones, si

es que ha de darse de una manera científico-jurídica objetiva, no debe estar tomada en modo alguno de artículos singulares y aislados de la Constitución—p. ej., del artículo 118 (libertad de expresión del pensamiento) o del 130 (libertad de convicciones políticas de los funcionarios)—, ni de disposiciones singulares de leyes ocasionales o de ordenanzas de necesidad, sino de la concepción fundamental del sistema de la legalidad y especialmente del artículo 76 de la Constitución del Reich. En el tratado *Der Hüter der Verfassung* (Tubinga, 1931, pág. 113) se expone ya esto al explicar la palabra "neutralidad" y sus distintos significados. "De esta concepción dominante del artículo 76—se dice allí—toma la Constitución de Weimar su sustancia política y su base, y la convierte en un procedimiento de reforma neutral, indiferente a todo contenido, que es también especialmente neutral frente a la forma de Estado existente en un momento dado. A todos los partidos debe darse entonces en justicia una igualdad de *chance* para formar las mayorías que son necesarias para alcanzar su fin propuesto—república soviética, Estado nacionalsocialista, Estado de democracia económica a base de sindicatos, Estado corporativo profesional, monarquía del viejo estilo, aristocracia de cualquier clase—e implantar otra Constitución, sirviéndose del procedimiento vigente para reformar la Constitución. Cada acto de favor ejercido por la forma de Estado existente o por los partidos que gobiernan en un momento dado, ya consista en subvenciones para

propaganda, en diferencias para la utilización de las radioemisoras y de los periódicos oficiales, así como en el manejo de la censura de películas, las cortapisas a la actividad política de los partidos o a la afiliación de los funcionarios a partidos políticos (en el sentido de que el partido que gobierne en un momento dado solo permita a sus funcionarios estar afiliados a su propio partido o a otros partidos afines políticamente del mismo), la prohibición de reuniones a los partidos extremistas, la distinción entre partidos legales y partidos revolucionarios con arreglo a su programa: todas estas actitudes son violaciones groseras e irritantes de la Constitución, en el sentido de la concepción dominante del artículo 76 llevada a sus últimas consecuencias lógicas." Para la "antigua" teoría dominante no puede haber partidos, movimientos, organizaciones, asociaciones, etc., ilegales por razón de su objetivo o del contenido de sus aspiraciones. En esto tiene razón Häntzschel *(Archiv des öffentlichen Rechts,* vol. 20, pág. 385) frente a O. Koellreutter *(Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland,* 1932, pág. 32), quien quiere derivar la ilegalidad de la finalidad revolucionaria. Desde el punto de vista de la neutralidad mantenida ante los valores por el sistema funcionalista de la legalidad de la primera parte de la Constitución, la lógica está totalmente del lado de Häntzschel. Si el partido o la coalición de partidos que tiene la mayoría en un momento dado quiere declarar ilegal al partido contrario y a sus organizaciones en cuanto tales, esto solo

puede hacerlo abusando de su poder legal. Con ayuda de un procedimiento para exigir responsabilidades, muy interesante desde el punto de vista histórico-jurídico, de las acciones punibles cometidas por miembros singulares de una organización, se hace responsable a esta organización en cuanto tal; basándose en la responsabilidad colectiva, se considera ilegal a un partido, a una asociación, a una organización, etc., en cuanto tal, lo cual repercute a su vez de rechazo—especialmente por lo que se refiere a los aspectos del Derecho penal, del Derecho de funcionarios y del Derecho del trabajo—sobre cada miembro singular de la organización, sobre las actividades del funcionario o del ciudadano singular. Semejantes represiones del partido contrario forman parte de la prima política a la posesión legal del poder que se explicó más atrás (págs. 49 y sgs.). Pero también forman parte de las causas, en parte evitables y en parte inevitables, del desmoronamiento de todo este mismo sistema de legalidad.

La Constitución de Weimar está literalmente escindida entre la neutralidad axiológica de su primera parte y la abundancia de valores de su segunda parte. La dificultad se hace aún mayor y más insoluble, porque en la segunda parte, junto a fijaciones efectivamente "positivas" y "actuales" de valores, se establecen también objetivos dotados de contenido, que todavía no son positivos ni actuales, pero que, sin embargo, deben ser positivables y actualizables, mediante la

legislación, la Administración y la práctica jurídica. Ambas cosas se encuentran, una junto a otra, sin tomar partido por ninguna de ellas, como sucede con otras cuestiones, en esta Constitución, y está por ver quién logrará en lo sucesivo manejar la Constitución de Weimar como instrumento y como medio para alcanzar el objetivo propuesto por su partido, utilizando las posibilidades legales que le ofrece y especialmente las primas políticas que se conceden a la posesión legal del poder. Psicológicamente, es desde luego comprensible que, al abandonar, en dicho ámbito, la Constitución de Weimar el funcionalismo de la mayoría simple del momento y del instante, la teoría y la práctica jurídicas, habitualmente formalistas y funcionalistas, no sean capaces de reconocer que la segunda parte de dicha Constitución es, en realidad, una segunda Constitución diferente, y se aferren con cierto grado de fatalidad a una nueva fase de este funcionalismo, que conserva el funcionalismo desustanciado del Estado legislativo parlamentario, incluso frente a las garantías de contenido del sistema de sentidos de la segunda parte de la Constitución, y trata de salvar simplemente todas las nociones de la "omnipotencia del legislador", tanto más firmes ahora en la noción de la omnipotencia del legislador con poderes para reformar la Constitución. Pero, examinando la cuestión con más detenimiento, se ve que lógica y prácticamente es imposible transmitir el funcionalismo de la mayoría simple a una de tales mayorías calificadas. Las dificultades impuestas para

lograr la mayoría se dirigen precisamente contra la momentaneidad y la instantaneidad que tiene la mayoría simple. En el caso de las garantías establecidas por leyes constitucionales, objeto de nuestra consideración, se trata de proteger determinados intereses de contenido material y determinados bienes, negando en su favor el funcionalismo y su neutralidad axiológica, pero sin introducir la nueva clase de funcionalismo de las mayorías calificadas. Aun cuando, por razones de necesidad práctica, tuviera que mantenerse abierta la posibilidad de atentar contra los intereses así garantizados y declarados "inviolables", no quiere decirse con ello que para los intereses inviolables debiera funcionar normalmente el legislador con poderes para reformar la Constitución de una manera análoga a la del legislador ordinario en el ámbito restante del Estado legislativo, es decir, a base de una mayoría simple del Parlamento. Violar intereses que la misma Constitución declara inviolables no puede ser nunca una competencia normal, establecida con arreglo a la Constitución. Pero en el Estado legislativo parlamentario tampoco se debe hablar de "mayorías momentáneas de dos tercios", como se habla de "mayoría simple momentánea". Esta última tiene que existir siempre para que funcione este sistema de legalidad, mientras que una mayoría de dos tercios solo se concibe como excepción, pues de otro modo la calificación de la mayoría no supondría ningún obstáculo para su logro. En realidad, puede existir, como tipo, un Estado legislativo parlamen-

tario que funcione a base de mayorías parlamentarias simples, pero no un Estado promulgador de leyes constitucionales que funcione a base de mayorías de dos tercios.

Incluso una reflexión aritmética abstracta pone de manifiesto que la introducción de semejantes garantías constitucionales de carácter jurídico-material embrolla en contradicciones al sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario y deja a un lado el punto de vista funcionalista de la momentaneidad instantánea. La mayoría de dos tercios que se exige para la aprobación de leyes constitucionales, cuando se alcanza en un momento determinado, puede aprobar, con arreglo al artículo 76 de la Constitución del Reich, normas jurídicas materiales con fuerza de leyes constitucionales, limitando así la esfera del poder del legislador ordinario, es decir, de la mayoría simple. Por eso, al mismo tiempo que se abandona de esta manera el principio de la mayoría simple y que se exigen mayorías más fuertes, se destruye también el principio funcionalista de la momentaneidad. La mayoría momentánea de dos tercios puede crear entonces, por encima de sí misma y de su momentaneidad, efectos y vínculos duraderos, que, desde todo punto de vista, son disparatados e injustos. Puede imponer restricciones a la voluntad del pueblo, de una manera no democrática e incluso antidemocrática, cuando ya no exista la mayoría. Si el número total de diputados es de 600, con 400 votos se puede adoptar una disposición jurídica

Colegio
Biblioteca

material con fuerza de ley constitucional; por ejemplo, una prohibición del alcohol. Si más adelante la cifra de los prohibicionistas desciende por debajo de 301 y, por tanto, de la mayoría simple, de manera que, con arreglo al número de votos del momento, no podría ya haberse impuesto la prohibición del alcohol ni aun como ley ordinaria, dicha prohibición queda, no obstante, subsistente como prima de efectos duraderos de que gozaba la mayoría de dos tercios alcanzada una vez con anterioridad, aun cuando la parte contraria pida su abolición con más de 300 votos. A esta no le servirá de nada el tener ahora la mayoría simple, pues solo le serviría el alcanzar, por su parte, de nuevo la mayoría de dos tercios, o sea, de 400 votos, en tanto que a los prohibicionistas no les perjudica en nada el que ahora no tengan ya ni siquiera la mayoría simple. El número de los prohibicionistas puede disminuir hasta 201 sin que se levante la prohibición, puesto que solo se le pueden oponer 399 votos, que no llegan a la mayoría de dos tercios. El contenido de la voluntad de 201 coacciona entonces la voluntad de 399, y ello solamente porque, con la violación del punto de vista funcionalista de la momentaneidad y la instantaneidad, se ha introducido una especie de prima a la mayoría calificada lograda una vez anteriormente, lo cual es, democráticamente considerado, absurdo e incluso inmoral.

La introducción de normas difíciles de reformar contiene una franca invitación a sacar provecho

de tales primas y a prolongar abusivamente el poder obtenido en un momento dado más allá de la duración de la mayoría del momento. Esto aparece claramente visible cuando la garantía jurídico-material de la Constitución asegura con leyes constitucionales una situación material o jurídica que ha sido creada por una ley ordinaria o incluso por un mero acto administrativo. Así, p. ej., el partido que gobierna con mayoría simple puede ocupar con afiliados suyos todo el aparato burocrático de la Administración y de la justicia, mediante una política partidista en el nombramiento de funcionarios, lo cual tendría como efecto el que, por razón de la garantía constitucional a los derechos adquiridos de los funcionarios, establecida por el artículo 129 de la Constitución del Reich, esta ampliación del poder quedaría asegurada también durante el período siguiente, aun frente a una mayoría del partido contrario. Como antes se ha indicado, estas prolongaciones temporales del poder legal más allá de la duración de su momentaneidad, también son posibles con mayorías momentáneas simples para la fase provisional en que solo se producen mayorías indecisas. Pero aquí se trata de que una mayoría existente en un momento dado está sujeta a una mayoría anterior que ya no existe, porque la fijación que establece la Constitución tiene por consecuencia una desautorización y destrucción radical del principio de las mayorías. La introducción de mayorías calificadas lleva consigo una contradicción con el principio del Estado legislativo democrático-par-

lamentario, que se deja llevar tan lejos que, en sus consecuencias últimas, pero formalmente lógicas, suprime legalmente como principio la legalidad misma. La mayoría de dos tercios exigida para la reforma de la Constitución podría utilizar el instante de su mayoría para decidir con fuerza constitucional que determinados intereses y personas estén protegidos en el futuro incluso contra el 100 por 100 de todos los votos y que determinadas normas sean irreformables, incluso mediando cualquier clase de mayoría o la total unanimidad. Para un pensamiento formalista vacío, en el mejor ordenamiento posible, lo legal es irreformable de modo legal para toda la eternidad.

La existencia en la segunda parte de la Constitución, con sus garantías, de una contra-Constitución, se deduce, en primer lugar, de la contradicción entre la proclamación de valores y la neutralidad ante los valores de un sistema constitucional. Pero la contradicción de principio es al mismo tiempo una contradicción orgánico-estructural inmediata, esto es, una contradicción entre un Estado jurisdiccional y un Estado legislativo parlamentario. Una Constitución que coloca las leyes constitucionales de carácter jurídico-material por encima de las leyes ordinarias no solo modifica el principio fundamental de la voluntad de la mayoría del momento y el principio de legalidad basado sobre el mismo; modifica radicalmente la estructura orgánica de semejante Estado legislativo. En un Estado legis-

lativo, lo mismo que en un Estado dominado por normas generales predeterminadas y, por tanto, duraderas, la ley y la aplicación de la ley, el legislador y las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, tienen que contraponer, distanciada y determinadamente, esa "diferenciación de poderes" a la superestructura orgánica del Estado. En el Estado legislativo, la ley tiene que ser, normalmente, una ley ordinaria y un acontecimiento normal y habitual de la vida estatal. Afortunadamente, en circunstancias ordinarias no puede decirse lo mismo de una reforma constitucional. Aprobar una ley constitucional, que es la categoría más elevada de ley, es, como se ha dicho, un acontecimiento extraordinario. Ya por eso, en semejante Estado legislativo, el legislador constitucional no puede sencillamente encajar en las funciones del legislador ordinario cuando la posición de este está quebrantada por la imposición de normas superiores. La distinción entre ley de rango superior y ley ordinaria tiene inevitablemente consecuencias orgánicas, tanto si estas están previstas y reguladas en la misma Constitución como si se producen espontáneamente, de una manera más o menos imprevista, en la práctica jurídica y administrativa. Allí donde un determinado complejo de Derecho material, como complejo de categoría superior, se contrapone en una gran extensión al Derecho material establecido por el legislador ordinario, como un complejo de categoría inferior, y esta diferenciación descansa sobre la desconfianza frente al legislador simple, es decir, frente a

legislador ordinario, el complejo de normas superiores necesita ser protegido mediante instituciones orgánicas concretas contra el legislador simple y ordinario. Porque ninguna norma, ni superior ni inferior, se interpreta y aplica, se protege o salvaguarda por sí misma; ninguna validez normativa se hace valer por sí misma; y tampoco hay—si no se quiere entrar en metáforas o alegorías—ninguna jerarquía de normas, sino tan solo una jerarquía de hombres e instancias en concreto.

Desde el punto de vista orgánico, el Estado legislativo se caracteriza por poner en un lado la norma, y en otro lado, y separado de ella, la ejecución de la norma. De ahí nace su peculiar sistema de legalidad, del que puede decirse con cierta justificación que en él no mandan hombres ni autoridades, ni acaso tampoco los cuerpos legislativos, sino que tan solo rigen normas desligadas de ellos. Tal sistema puede estructurarse bajo presupuestos completamente determinados, adecuados a la situación. Pero ya no es estructurable, al menos como Estado legislativo, cuando en el concepto decisivo de norma, que es único, se introduce en serio una distinción cualitativa, esto es, cuando por razones de contenido se establecen diferenciaciones entre una legalidad superior y una legalidad inferior. En realidad, si el Estado legislativo no quiere hundirse en un funcionalismo sin sentido y sin objeto, tiene que aferrarse a determinadas cualidades de su concepto de ley, pero estas no deben consis-

tir en ningún contenido jurídico material. Mientras ocurre así, es neutral en cuanto al contenido. Ahora bien, al establecerse estas diferenciaciones, fundadas en el contenido, dentro de las normas jurídicas materiales, no solo se degrada como norma a la norma inferior, sino que también se pone en tela de juicio la contraposición entre la ley, de una parte, y la aplicación de la misma, de la otra parte, así como toda la superestructura orgánica esencial del Estado legislativo parlamentario, basada en esta separación. Del lado de la aplicación de la ley y en manos de la misma se ponen entonces los casos de aplicación, tanto de las normas superiores cuanto de las normas inferiores, y es posible que en la sucesión de instancias de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley se haga valer la vigencia de la norma superior, por la instancia inferior, frente a la instancia jerárquicamente superior.

Ahora bien: si no se establecen instituciones apropiadas para la protección de la ley superior frente a la inferior, rompiendo con ello abiertamente las líneas fundamentales de la organización del Estado legislativo parlamentario, entonces las instancias jurisdiccionales encargadas de la aplicación de la ley, el gobierno y la Administración, pasarán subrepticiamente, por así decirlo a las manos de una ley superior—en el curso de la tramitación oficial y dentro de los límites de su competencia—, causas presuntamente "sometidas" a la ley ordinaria. Se ve sin más

que aquí todo depende de la especie y del ámbito, del número y de la estructura, de la determinación o indeterminación de esas normas superiores, y que al aumentar el número y ampliarse el contenido de estas normas superiores no solo se limita y se reduce cuantitativamente la esfera de validez de la legislación inferior, sino que, en esa misma medida, crece también el poder de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, es decir, del ejecutivo y de la justicia, sobre el legislador normal.

El modo de comportamiento recíproco del ejecutivo y del judicial, su subordinación o tensión, constituye de por sí otra cuestión. Por lo que respecta al legislador ordinario, este es posible que se someta a la legislación superior hecha valer por la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales, el gobierno o la Administración, es decir, es posible que revoque su ley, promulgue otra y reconozca, de esta manera, como instancia superior al nuevo guardián de la Constitución; pero puede ser también que encuentre apoyo en una parte de la maquinaria de aplicación de la ley, p. ej., en el gobierno frente a los tribunales o en estos frente al gobierno, y que se mantenga firme en su punto de vista. En el primer caso, el Estado se convierte, de un Estado legislativo, en un Estado en parte jurisdiccional y en parte gubernativo o administrativo, según la autoridad que tenga en su mano la legalidad de categoría superior; en el otro caso, se forma una serie de complejos de poder

autónomos, independientes unos de otros, que en una abigarrada yuxtaposición mantienen sus respectivos puntos de vista, mientras la necesidad o la fuerza de una decisión unificada no ponga fin a esta especie de Estado. Pero en todo caso, en virtud del desdoblamiento del sistema de legalidad en una legalidad de categoría superior y una legalidad de categoría inferior—aun cuando, al parecer, solo existe entre las mayorías una diferenciación aritmética, según el número de los votos—, el Estado legislativo salta hecho pedazos hasta sus mismos cimientos orgánicos.

Las divisiones, los frenos y los contrapesos dentro del procedimiento legislativo, como el sistema bicameral y otras complicaciones, no anulan al Estado legislativo mientras mantengan el valor cualitativo unitario de la ley así formada. En cambio, la distinción entre leyes en sentido material de categoría superior y de categoría inferior expulsa al legislador del papel de centro normativizador, en virtud de la cual un Estado, en general, se convierte en Estado legislativo. La distinción penetra como una cuña en la estructura general del Estado legislativo y lo transforma, dando origen en lo sucesivo, a través de la aplicación y puesta en vigor de la legalidad superior, a instancias y organizaciones inevitablemente superiores, colocadas por encima del legislador ordinario.

Todos los conceptos peculiares del Estado legis-

lativo, como la soberanía de la ley, la omnipotencia, primacía y ámbito reservado de la ley, solo tienen presente siempre al legislador ordinario y cuentan con una Constitución que no contiene ninguna regulación jurídica material de alcance esencial, sino que contiene dos partes contrapuestas: una parte de derechos fundamentales, que garantiza la esfera de las libertades civiles, en general, y una parte orgánica, que regula el procedimiento para la formación de la voluntad estatal. La primacía de la ley es una primacía frente a la aplicación de la ley; la reserva de la ley es una reserva general frente a un derecho general de libertad. La primacía de la ley reformadora de la Constitución, en cambio, es una primacía de una ley frente a otra categoría de ley; es una primacía que escinde la esfera de la ley, es la primacía de una categoría superior de legalidad frente a una categoría inferior; y la reserva de la ley de reforma constitucional es una reserva en favor de intereses y objetos de protección especiales, determinados por su contenido, realizada por leyes constitucionales que amparan un derecho material y los derechos adquiridos de grupos específicos. La ley constitucional de contenido jurídico material se aparta, pues, de todos los principios fundamentales del Estado legislativo parlamentario y de la Constitución democrática. Es cualitativamente diferente de la simple ley ordinaria, y aquí también se pone de manifiesto que no es posible aplicar a la ley de reforma constitucional los conceptos y las fórmulas desarrollados en el Estado legisla-

tivo del siglo XIX para la ley ordinaria, sin transformar desde sus cimientos al propio Estado.

Desde el punto de vista teórico-político y teórico-constitucional, se llega a la conclusión de que, junto a la conocida distinción entre Estados con Constitución escrita y Estados sin Constitución escrita, aparece otra distinción que no es menos "determinativa de categorías": la de Estados con una regulación orgánico-procesal y una Constitución limitada a los derechos generales de libertad, y Estados cuya Constitución contiene abundantes disposiciones y garantías jurídicas materiales. En realidad, son Estados con dos Constituciones o dos fragmentos de Constitución que, por principio, son diferentes entre sí e incluso antagónicas en el aspecto estructural y orgánico.

En realidad, debería resultar evidente que la categoría de un Estado está determinada por la de sus derechos básicos y fundamentales, y que los derechos generales de libertad del Estado burgués de Derecho, con su reserva de la ley simple y ordinaria, forman una categoría de Estado distinta de la de los Estados con Constituciones dotadas de una rigidez jurídica material especial, los cuales están bajo la "reserva" de la ley de reforma constitucional. Los derechos generales de libertad delimitan la estructura social de un ordenamiento individualista, a cuyo mantenimiento y salvaguardia debe servir la regulación orgánica del "Estado". Por ello son principios

realmente fundamentales y, como se ha dicho de los principios de 1789, constituyen "la base de todo el ordenamiento público" *(la base du droit public)*. Contienen una dignidad supralegal, que se levanta por encima de toda regulación jurídica constitucional orgánica puesta al servicio de su salvaguardia y por encima de cualquier regulación jurídica material singular. Como ha explicado un eminente profesor francés de Derecho político, Maurice Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*, 1923, pág. 297), tienen una *superlégalité constitutionnelle,* que se eleva por encima no solo de las leyes simples ordinarias, sino también de las leyes constitucionales escritas y excluye su derogación mediante leyes modificativas de la Constitución.

Yo comparto la opinión de Hauriou de que toda Constitución reconoce tales "principios" fundamentales, de que estos forman parte del "sistema constitucional" fundamentalmente inmutable, como lo ha llamado Carl Bilfinger, y de que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión de la Constitución no es el de establecer un procedimiento para eliminar el sistema de organización cuya creación corresponde a la Constitución. Si una Constitución prevé la posibilidad de su revisión, ello no quiere decir que establezca un método legal para suprimir su propia legalidad, y menos aún que proporcione un medio legítimo para destruir su legitimidad. Pero, prescindiendo también de la cuestión ya mencionada (págs. 73 y sgs.) de los límites de la revisión

de la Constitución, no debe desconocerse la diversidad de los derechos generales de libertad civil y de las garantías especiales de contenido jurídico material. La segunda parte de la Constitución de Weimar contiene una yuxtaposición de diferentes categorías de legalidad superior, de la que hasta ahora apenas se tiene conciencia en toda su heterogeneidad y que ha sido muy poco estudiada, así como el elemento de una contra-Constitución. Aquí hay, pues, dos "principios" y dos "sistemas" distintos. Para el Derecho político alemán de nuestros días, que tiene que entendérselas con esta contradicción y que desee mantenerse en este término medio neutral de un funcionalismo sin valores, se presenta, por consiguiente, el curioso resultado de que los principios fundamentales de la libertad general y de la propiedad, que son propios de un Estado de Derecho, solo tienen de por sí la legalidad "inferior" del 51 por 100 y, en cambio, los derechos de las asociaciones religiosas y de los funcionarios (y en una actualización afortunada, también los de los sindicatos) tienen de por sí la legalidad "superior" del 67 por 100. Para la estructura total del Estado se producen, además, otras consecuencias que hacen inevitables las instituciones y los elementos de poder de un Estado gubernativo, administrativo o jurisdiccional dirigidos contra el Estado legislativo.

2. *El legislador extraordinario "ratione supremitatis". Su significación: la legitimidad plebiscitaria en lugar de la legalidad del Estado legislativo*

El primer golpe que sacudió al Estado legislativo parlamentario le fue asestado por la misma Constitución de Weimar, y consistió en la introducción de garantías constitucionales de carácter jurídico-material, en virtud de las cuales la neutralidad axiológica y el carácter abierto ante los valores que presenta el sistema de legalidad del Estado legislativo chocan con la adhesión a determinados valores, que es propia de la fijación y salvaguardia de un contenido, y el legislador queda escindido en un legislador extraordinario superior y un legislador ordinario inferior. Por la grieta así abierta en el Estado legislativo parlamentario penetran elementos de un Estado jurisdiccional, que actúan de diversas maneras, principalmente a través de la fiscalización judicial de la legalidad material de las leyes ordinarias, pero siempre con el resultado de ensanchar y profundizar constantemente la grieta. Semejante introducción de un legislador extraordinario significa al mismo tiempo una modificación del tipo de Estado originalmente concebido, que se caracterizaba por la posición predominante del legislador.

Pero la Constitución de Weimar establece todavía una segunda relativización y problematización del legislador parlamentario ordinario y de su sistema de legalidad, al establecer un procedi-

miento legislativo propio de la democracia directa plebiscitaria. Junto a cuatro casos de sometimiento a referéndum (art. 73, secs. 1 y 2; artículo 74, sec. 3, y art. 76, sec. 2) insertos en el procedimiento legislativo ordinario y en los que el pueblo vota directamente sobre una cuestión, como la instancia suprema que decide el conflicto, culminando así el procedimiento legislativo parlamentario, el artículo 73, sección 3, introduce un procedimiento legislativo popular independiente, propio de la democracia directa, que concurre paralelamente con el procedimiento legislativo parlamentario ordinario, con arreglo al cual se origina una ley mediante el plebiscito por iniciativa popular. Las garantías jurídicas materiales de la segunda parte de la Constitución instituyen un legislador extraordinario supraordenado junto a un legislador ordinario subordinado, con el fin de proteger objetos e intereses determinados por razón de su contenido, esto es, *ratione materiae;* en cambio, aquí aparece el pueblo como legislador extraordinario frente al Parlamento y también por encima del Parlamento, y su carácter extraordinario y supraordenado constituye una *ratione supremitatis* derivada de su calidad de soberano.

Erwin Jacobi ha demostrado, en una exposición muy consecuente (*Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultäten,* 1929, I, págs. 233-77), que en un Estado democrático la voluntad del pueblo expresada por votación directa tiene que ponerse por encima de toda manifestación me-

rio (art. 73, secs. 1 y 2; art. 74, sec. 3, y art. 76, sección 2) están comprendidos dentro de este procedimiento; el pueblo que vota de una manera directa es aquí una instancia del procedimiento legislativo parlamentario, y ya se dijo anteriormente que en el procedimiento legislativo pueden participar diversas instancias (el gobierno, la primera y la segunda cámara, el rey y otras), sin que por ello resulte quebrantado el sistema del Estado legislativo parlamentario.

Con arreglo al principio democrático, tampoco es lo mismo el que frente a la "representación popular" aparezca aquí el rey o el pueblo, y la lógica de la democracia exige que se posponga la representación popular frente al pueblo al que representa, según el conocido argumento, aducido principalmente por Rousseau, de que el representante tiene que callar cuando habla el mismo representado. Pero este es un argumento de la democracia directa, plebiscitaria, no representativa. Ciertamente, cuando pierde su validez la representación del Parlamento y ya no se cree en ella, el procedimiento plebiscitario es siempre el más fuerte. La repercusión de esta preponderancia es, sin embargo, distinta de la consecuencia jurídica que ha sacado E. Jacobi. Como se demostrará más adelante, estos elementos plebiscitarios modifican la calidad del Parlamento mismo, transformándolo en una mera interpolación del sistema plebiscitario, pero no modifican inmediatamente el procedimiento legislativo previsto en la Constitución ni el sistema de legali-

dad basado en dicho procedimiento. Más bien puede sostenerse que la decisión plebiscitaria es también una "resolución con fuerza de ley", en el sentido del sistema de la legalidad. Entonces la decisión plebiscitaria tiene el mismo valor que la ley del Parlamento; no está colocada por encima de ella, sino a su lado.

Ya el texto de la Constitución escrita da a conocer que existe una gran diferencia entre el referéndum del procedimiento legislativo parlamentario y el plebiscito por iniciativa popular del procedimiento legislativo popular. En el primer caso sólo se modifica el sistema del Estado legislativo parlamentario, sin que se establezca una nueva clase de legislador mediante la organización de un nuevo procedimiento legislativo específico de este otro legislador. En cambio, en el procedimiento legislativo popular del artículo 73, sección 3, se introduce precisamente un procedimiento legislativo nuevo. Deben, pues, separarse las dos clases de decisión popular, una de las cuales (el referéndum) forma parte del sistema del Estado legislativo parlamentario, mientras que en la otra (en el plebiscito) aparece el "pueblo" como la figura determinante exclusiva de un sistema democrático-plebiscitario, con una legitimidad plebiscitaria, que ya no es propia del Estado legislativo; ambas son la expresión de dos tipos de Estado totalmente diferentes.

Es justo poner las instituciones de la democracia directa por encima de las instituciones de la

llamada "democracia mediata" del Estado parlamentario, como una consecuencia inevitable del pensamiento democrático, si bien, de otro lado, el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario permanece independiente, como una formación peculiar, desde el punto de vista ideológico y orgánico, que no se deriva en modo alguno de la democracia ni de la voluntad momentánea del pueblo. El Estado legislativo, que culmina en la elaboración de normas, aparece "más puro" por su esencia y su idoneidad, bajo la forma de Estado legislativo parlamentario que bajo las formas de democracia directa, que son formas de manifestación de una *voluntas,* no de una *ratio,* y exigen una legitimidad, no una legalidad. Del mismo modo, la lógica de un sistema construido sobre la idea de la representación es distinta de la lógica democrático-plebiscitaria del pueblo soberano inmediatamente presente, que se identifica consigo mismo.

Si en un Estado legislativo parlamentario en el que se hace abstracción de toda cualidad de la ley, se concibe a esta únicamente como la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento, y si en el Estado democrático decide la voluntad momentánea de la mayoría popular del momento, y la Constitución acepta ambas cosas, entonces la Constitución acoge a la vez, de una manera independiente, dos clases de momentaneidad que no son necesariamente congruentes. Desde el punto de vista de la idea funcionalista, que conduce al reconocimiento de la

momentaneidad instantánea, la consecuencia lógica parece estar del lado del plebiscito. Porque el Parlamento es elegido para cuatro años o, en todo caso, no a cada instante, y su momentaneidad solo existe, por consiguiente, dentro del marco de una abolición de largo alcance de la momentaneidad, esto es, en el marco de un período electoral de varios años. También la lógica de la idea funcionalista llegaría, según esto, al resultado representado por Erwin Jacobi de que la decisión popular es siempre la categoría superior de resolución. El resultado momentáneo del plebiscito del momento tiene, en cierto modo, un grado superior de momentaneidad e instantaneidad que la voluntad momentánea de una asamblea que permanece estable durante un tiempo más prolongado. Mientras el legislador extraordinario *ratione materiae* introducido por la segunda parte de la Constitución está limitado por la Constitución justamente al funcionalismo de la mayoría momentánea del Parlamento del Estado legislativo parlamentario, la introducción simultánea de un segundo legislador extraordinario, configurado a su vez de otra manera, esto es, del pueblo en su calidad de dictador plebiscitario, incrementa aún más el funcionalismo y lo lleva a sus últimas consecuencias. Es obvio que considerado racionalmente, existe aquí una contradicción.

La contradicción se debe precisamente a que se mantienen, uno junto a otro y sin relación recíproca, los dos métodos para calcular los resul-

tados de las votaciones y las cifras de la mayoría. En el Parlamento, para las leyes de reforma de la Constitución se exige una mayoría de dos tercios, en vez de la mayoría simple; tratándose de una decisión popular, no se osa exigir semejante calificación de la mayoría del pueblo inmediatamente presente; la contradicción con el principio democrático de la mayoría simple resulta aquí demasiado chocante. Así, pues, el artículo 76 de la Constitución del Reich, para reformar la Constitución por plebiscito de iniciativa popular, se contenta con exigir el asentimiento de la mayoría simple tan solo de los ciudadanos con derecho de voto. En cambio, el artículo 75 de dicha Constitución solo exige como calificación para un plebiscito destinado a derogar una resolusión del Reichstag que en el mismo participe la mayoría de ciudadanos con derecho de voto, es decir, solo exige una mera cifra de ciudadanos presentes o cifra de ciudadanos con capacidad para decidir.

A pesar de la legitimación jurisdiccional concedida al Reichstag por el Tribunal electoral, la práctica actual del artículo 75 remite también esta disposición (a mi parecer, sin razón) a plebiscito por iniciativa popular. Por consiguiente, hoy sucede que en la decisión popular solamente participan aquellos que dicen "sí". Si esa es la mayoría de los que tienen derecho de voto, con su "sí" se produce una decisión popular que al propio tiempo basta, según el artículo 76, para llenar los requisitos de la decisión popular para

la reforma de la Constitución. Si se logra producir, en general, una decisión popular, esta es, sin más y *eo ipso,* capaz de reformar la Constitución. Si se parte del supuesto de que, según la idea fundamental del sistema representativo, el pueblo está representado en el Parlamento de una manera íntegra y plena, y de que la Constitución trata, además, de organizar una congruencia aritmética lo más exacta posible entre la mayoría popular y la mayoría parlamentaria, mediante la aplicación del sistema de representación proporcional, entonces hay que preguntarse por qué para la reforma de la Constitución se exige al Parlamento el asentimiento de una mayoría de dos tercios, mientras que si dicha reforma constitucional se hace mediante plebiscito por iniciativa popular, basta con la mayoría simple. La lógica de las matemáticas de las votaciones es a menudo singular, pero aquí está también consagrada *implicite* una curiosa manifestación de desconfianza contra el Estado legislativo parlamentario. Quien confía en el legislador parlamentario porque considera al Parlamento una *élite* o porque cree en la discusión y en la publicidad características del procedimiento legislativo parlamentario, tendría que encontrar en el Parlamento la garantía más segura de racionalidad y de justicia. No obstante, las dificultades y los frenos que se prevén para el punto decisivo están previstos para el Parlamento, no para las manifestaciones inmediatas de voluntad del pueblo mismo, del que se sabe desde tiempo inmemorial que no puede discutir ni de-

liberar. A la asamblea legislativa, cuya razón de ser como "legislador" descansa totalmente en la razón y en la moderación que se le presuponen, se le exige una resolución aprobada por mayoría de dos tercios; al pueblo, que decide de plano, sin discusión, en toda su inmediatez y con toda su emocionalidad, le basta con la mayoría simple. Estas consideraciones aritméticas y "técnicas", casi siempre tan plausibles cuando se hacen con una "pureza" abstracta y sin objeto, hacen desconcertante y contradictoria la aritmética de las mayorías adoptada por la Constitución y por su "técnica" de formación de la voluntad política, cuando se hacen en el marco concreto de un sistema de legalidad.

Por consiguiente, la Constitución de Weimar contiene aquí también dos clases diferentes de lógica. Por consideraciones democrático-plebiscitarias, ha colocado al pueblo, como legislador extraordinario, en el procedimiento legislativo popular, al lado del Parlamento, como el legislador ordinario, y a la legalidad del sistema instituido del Estado legislativo le ha añadido un elemento de legitimidad democrático-plebiscitaria. A la vista de la imperfección sistemática con que esto ha sucedido, no se puede determinar con argumentos científico-jurídicos cuál de ambos sistemas es superior. La cuestión está en saber si pueden o no coexistir dos sistemas jurídicos distintos, uno junto a otro. En ningún caso podrá decirse que la Constitución de Weimar ha tratado de eliminar, de una manera consciente y pla-

nificada, el sistema legislativo parlamentario, proclamado por ella con tanta determinación y firmeza en el artículo 68, mediante una interpolación poco meditada, que hacía saltar en pedazos su coherencia sistemática no solo del capítulo V ("La legislación del Reich"), sino también del artículo 73 de la misma Constitución, como consecuencia de la adición de la sección 3, que rompía su coherencia.

Por otra parte, el sistema de legitimidad democrático-plebiscitario despliega inevitablemente sus consecuencias internas. Más adelante se indicará cuáles son las consecuencias prácticas que se derivan de esta yuxtaposición asistemática de un legislador parlamentario y un legislador plebiscitario. De la misma Constitución escrita solo puede sacarse teóricamente la imagen que transmite muy gráficamente Walter Jellinek (*Verfassung und Verwaltung*, pág. 46), cuando habla de una "carrera entre ambos soberanos". Y añade que en esta carrera siempre llegará primero a la meta el Reichstag, pero que es dudoso que este se atreva a aceptar la lucha con el pueblo. En esta formulación equilibrada y dotada de una objetividad ejemplar ha encontrado el problema de que nos estamos ocupando una expresión nada sensacional, pero no obstante exacta: la de que aquí no solo se debe preguntar quién tiene las mejores perspectivas de adelantar al otro en la carrera, si es que no se trata más que de una carrera, sino que también es preciso tener presente una consecuencia sumamente lógica para

el sistema de la legalidad de la misma Constitución. La duplicidad de categorías de legislación y de legislador es precisamente una duplicidad constituida por dos sistemas diferentes de justificación: el sistema de legalidad propia del Estado legislativo parlamentario y la legitimidad democrático-plebiscitaria; la posible carrera entre ambos sistemas no es solo una competición entre dos instancias, sino una lucha entre dos clases de Derecho. En esta lucha, como en toda carrera semejante, tiene una gran ventaja el poseedor momentáneo del poder momentáneo y, por tanto, la mayoría momentánea del Parlamento. Pero como se demostrará, esto no es decisivo para el resultado final y no reconstruye al Estado legislativo parlamentario puro.

3. El legislador extraordinario "ratione necessitatis". Su significación: la disposición o medida del Estado administrativo suplanta a la ley del Estado legislativo parlamentario

En el curso del último decenio se ha instaurado en la vida política del Reich alemán un tercer legislador extraordinario; pero esta vez no lo ha establecido el texto escrito de la Constitución de Weimar, sino la práctica adoptada por el presidente del Reich y su gobierno, a ciencia y paciencia del Reichstag y con el reconocimiento de la doctrina del Derecho político y de una práctica legitimadora de los tribunales: el presidente del Reich, quien está facultado para decretar ordenanzas por el artículo 48, sección 2,

de la Constitución de Weimar. Actualmente, se reconoce sin contradicción que entre los poderes extraordinarios que el artículo 48 confiere al presidente del Reich figura también un derecho a legislar, constituido por el derecho a decretar ordenanzas jurídicas sustitutivas de leyes, atribuyéndose un contenido jurídico positivo a la disposición transitoria del artículo 48, sección 2 (que permaneció en vigor hasta la promulgación de la ley de ejecución prevista en el art. 48, sec. 5). Dos sentencias fundamentales del Tribunal de garantías constitucionales del Reich alemán, de 5 de diciembre de 1931 (*RGZ*, 134, Apéndice, págs. 12 y 26), más numerosas sentencias del Tribunal Supremo del Reich en causas civiles y penales, así como de todos los demás tribunales supremos, han impartido una sanción legitimadora a esta práctica del artículo 48, sección 2, en la dirección del Estado jurisdiccional. Quien quiera juzgar semejante procedimiento legislativo sumario apoyándose en el concepto del Estado legislativo parlamentario tradicional y en la consigna de lucha contra el derecho autónomo del gobierno monárquico a decretar ordenanzas jurídicas, tiene que estremecerse ante tantas "anticonstitucionalidades". Pero un jurista independiente de los dogmas partidistas de la oposición del siglo XIX también encontrará sorprendente que se introduzca aquí, sin una palabra explícita de la Constitución, un legislador extraordinario creador de Derecho en concurrencia con el legislador ordinario del Reich, y que no solo crea Derecho *praeter legem*, sino tam-

bién *contra legem,* es decir, contra el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario.

Para sus "medidas" vale, según la teoría y la práctica plenamente reconocidas en nuestros días, todo lo que el Estado legislativo parlamentario, en la lucha sostenida con la monarquía por la ley de este Estado legislativo, ha desarrollado e impuesto como soberanía, primacía y reserva de esta misma ley. En el siglo XIX se tuvo que combatir amargamente la prerrogativa del rey a decretar ordenanzas jurídicas, porque el reconocimiento de un procedimiento independiente de creación del Derecho, que funcionara paralelamente al procedimiento legislativo parlamentario, pero separado de él, habría destruido al mismo Estado legislativo parlamentario. En cambio, bajo la Constitución de Weimar, que en su artículo 68 proclama lapidariamente el Estado legislativo parlamentario—"las leyes del Reich son aprobadas por el Reichstag"—, aquellos mismos autores que, a diferencia de los restantes, se consideran en Alemania como los verdaderos guardianes y defensores del concepto de Estado de Derecho, reconocen al Presidente del Reich la facultad de crear Derecho conforme al artículo 48 y rechazan como una ocurrencia "ingeniosa" la distinción completamente elemental entre ley y medida. En realidad, desde todos los lados se subraya fuertemente que la "Constitución"—por la que casi siempre se entiende, sin embargo, tan solo las normas constitucionales singulares—tiene que permanecer "intan-

gible", prescindiendo de los siete derechos fundamentales enumerados en el mismo artículo 48 (los derechos establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153), que pueden ser suspendidos. Por lo demás, a pesar de la "intangibilidad de la Constitución", no parece que haya nada sorprendente en encontrar aquí que un legislador extraordinario, creador de Derecho, entre en el sistema de legalidad de la Constitución del Reich, sin que la calidad propia del Estado de Derecho de que gozan sus órdenes se diferencie de ninguna manera de la ley del legislador ordinario del Reich.

Con este tendríamos el tercer legislador extraordinario de la Constitución de Weimar: el legislador del artículo 48, sección 2. Este legislador no es extraordinario *ratione materiae,* como el legislador constitucional que dicta normas de carácter jurídico material; tampoco es extraordinario *ratione supremitatis,* como el pueblo que decide por sí mismo; sino que es extraordinario, si me es permitido decirlo, *ratione temporis ac situationis.* A través de todas las ficciones y nebulosidades normativistas, se abre paso en él la simple verdad científico-jurídica de que las normas solo valen para situaciones normales y que la normalidad de la situación que presuponen es un elemento básico de su "valer". Pero el legislador de la situación normal es algo distinto del comisario ejecutivo de la situación anormal que restablece la situación normal (la "seguridad y el orden"). Ahora bien: aunque a este se le

considere con un "legislador" y a sus medidas como "leyes", a pesar de todas estas equiparaciones, subsiste en realidad una diferencia, que hace que las "medidas legislativas" del comisario ejecutivo, precisamente debido a su equiparación a las "leyes", destruyan el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario.

A diferencia de los otros dos legisladores extraordinarios, el legislador del artículo 48, sección 2, no está colocado en modo alguno por encima del legislador parlamentario ordinario, sino que, por el contrario, parece estar incluso subordinado al mismo. Sus medidas son derogadas a requerimiento del Reichstag (según el art. 48, sec. 3), por lo que tienen que ser "toleradas" por el Reichstag. Sin embargo, examinada más detenidamente la situación extraordinaria para la cual se ha introducido este tercer legislador extraordinario, se pone de manifiesto su vigorosa supremacía. Lo único que no le está permitido es hacerse valer abiertamente frente al legislador ordinario, ya que el Reichstag puede exigir la derogación de sus medidas.

Para la cuestión que aquí nos interesa, que es la relativa al sistema de legalidad, la superioridad de un comisario ejecutivo, que puede hacer "leyes", no está tanto en que, en situaciones extraordinarias, esta especie de legislador extraordinario tenga una ventaja natural en competencia con el legislador ordinario. Esta ventaja es indudablemente muy grande: él decide a su

arbitrio sobre los presupuestos de sus poderes extraordinarios (peligro para la seguridad y el orden públicos) y sobre su contenido (las disposiciones "necesarias"); por tanto, puede incluso volver a decretar, en el tiempo más breve, aquellas medidas cuya derogación hubiera exigido el Reichstag; el requerimiento de derogación del Reichstag no tiene efecto retroactivo, de manera que el legislador extraordinario puede crear hechos consumados frente al legislador ordinario; y hay verdaderas medidas especialmente efectivas, como, p. ej., la intervención con la fuerza armada y el fusilamiento de un hombre, que no pueden ya "ser dejadas sin vigor". Todas estas cosas son fundamentos de gran importancia práctica y significan una gran superioridad fáctica. Pero no tienen necesariamente que afectar todavía al sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario de una manera tan fundamental como en los otros casos que aquí interesan de superioridad del legislador extraordinario.

Si estudiamos más detenidamente este legislador, vemos que, por lo que se refiere princípalmente al ámbito y al contenido de la facultad de crear Derecho que se le confiere, es superior al Reichstag, es decir, al legislador ordinario. Mientras que el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario solo puede dictar leyes y, en virtud de la peculiaridad del Estado legislativo, está separado del aparato de aplicación de la ley, el legislador extraordinario del

artículo 48 tiene en su mano la posibilidad de dar a todas las disposiciones singulares que él adopte el carácter de leyes, con toda la supremacía que el Estado legislativo parlamentario ha concedido a la ley.

En realidad, con arreglo a un concepto formalista de la ley, también puede el legislador ordinario adoptar como "ley" cualquier medida que quiera; pero estos casos son raros y tales "leyes individuales" chocan con muchos obstáculos tradicionales propios del Estado de Derecho, y en el Reich alemán chocan también con obstáculos propios del Estado federal, los cuales son más fuertes que la teoría del "legislador omnipotente". En cambio, en el "dictador" se pone de manifiesto que es propiamente un comisario ejecutivo y no un *législateur*. Lo que en el Parlamento era tan solo una teoría sin principios se hace en él práctica evidente por sí misma, y la facultad legislativa se convierte en el arma de su acción. En consecuencia, en lugar de decretar ordenanzas generales, puede promulgar al instante y de una manera inmediata incluso una orden singular (p. ej., prohibir una reunión, declarar ilegal y disolver una organización), dejando así prácticamente sin significación todo el sistema de protección jurídica construido artificialmente frente a las órdenes del ejecutivo. El Estado legislativo parlamentario, con separación también orgánica entre la ley y la aplicación de la misma, configura todas las instituciones propias del Estado de Derecho que son específicas del mismo

desde el punto de vista de la protección frente al ejecutivo. Sin embargo, para el legislador extraordinario del artículo 48, la distinción entre la ley y su aplicación, entre el legislador y el ejecutivo, no constituye un freno, ni jurídico ni fáctico, porque es ambas cosas en una sola persona; incluso lo que para otros solo sería un acto de aplicación de la ley, en él recibe el carácter de "legislativo", si él mismo así lo decide.

Una orden que "en sí" no sería más que una disposición policial y que puede derivarse de normas jurídicas de policía, puede decretarla inmediatamente como legislador del artículo 48, sustrayéndola así a la protección jurídica administrativa que está instituida para la protección frente a las disposiciones de policía. Un caso de aplicación de tales posibilidades está contenido en la ordenanza del Presidente del Reich para garantizar la autoridad del Estado, decretada con fecha 13 de abril de 1932 (*RGB*, 1, I, pág. 175), la cual disuelve con efecto inmediato, citándolas por su nombre, las secciones de asalto (SA), los escuadrones de seguridad (SS), etc., del partido nacionalsocialista obrero alemán, mientras que la segunda ordenanza para garantía de la seguridad del Estado, decretada el 3 de mayo de 1932 (*RGB*, 1, I, pág. 185), habla en general de "asociaciones políticas organizadas paramilitarmente o que realizan actividades paramilitares" y prevé la posibilidad de que entablen reclamaciones. Así, pues, el Presidente del Reich está en libertad de atentar contra todo el sistema de normas

legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede también decretar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso para su ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos ejecutivos extraordinarios. En otras palabras: reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas, lo que no puede hacer el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario, mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al Estado legislativo, con su separación entre la ley y la aplicación de la misma.

Según el artículo 48, sección 2, párrafo 2, este legislador extraordinario, además de la facultad de dictar disposiciones extraordinarias, recibe explícitamente aún la facultad especial de suspender siete derechos fundamentales. La suspensión de los derechos fundamentales no es, como pudiera sospecharse, un acto formal; como dice G. Anschütz (*Kommentar,* pág. 277), está completamente "desformalizado". Según la concepción del Tribunal Supremo del Reich (sentencia de la Primera Sala de lo penal, de 6 de octubre de 1931, *Jur. Wochenschrift,* 1931, pág. 3603), no necesita apoyarse en ninguna clase de suspensión explícita anterior; en la referencia formularia al artículo 48, sección 2, radica ya una declaración suficiente y jurídicamente efectiva del propósito de suspender esos derechos fundamentales. Esto significa que estos derechos fundamentales, entre los que figuran especialmente los de libertad

personal (art. 114) y de propiedad (art. 153), que constituyen la esencia del Estado burgués de Derecho, no existen sencillamente para el legislador extraordinario del artículo 48. Recuérdese que la teoría del Estado alemán anterior a la guerra consideraba necesaria una definición de la ley que describía a esta como "injerencia en la libertad y la propiedad", y concebía a este "concepto material de ley", con la consiguiente "reserva de la ley", como algo esencial e indispensable del Estado constitucional, por lo cual tiene que afirmarse que el Estado legislativo parlamentario existente hasta la fecha ha sido transformado radicalmente cuando hay un legislador extraordinario para el que no existen estos derechos fundamentales. Según los principios del Estado legislativo parlamentario, en esos derechos fundamentales solo puede tener injerencia el legislador ordinario, y este solo puede intervenirlos mediante una ley; solamente él puede disponer sobre esos derechos, por ser materia reservada a la ley. Cuando la Constitución prevé, en caso excepcional, la posibilidad de suspender los derechos fundamentales, la facultad de levantar las restricciones y las barreras que radican en esos derechos fundamentales y en su reserva a la ley la pone en manos de una instancia que ni siquiera es legislador. Por ello tiene que presuponerse como totalmente evidente que esta instancia *no* es un legislador, porque de serlo estarían ya en sus manos los derechos fundamentales, en virtud de su reserva general de la ley.

Si el Estado legislativo parlamentario admite, de una manera típica, un "estado de excepción" con suspensión de los derechos fundamentales, con ello no trata de equiparar el legislador al comisario ejecutivo de este estado de excepción, ni de equiparar las leyes a las medidas del comisario ejecutivo, sino de crear una esfera libre de acción para las medidas efectivas necesarias. Por consiguiente, la suspensión solo puede tener el sentido de que lo que debe ser suspendido es la protección de la libertad y la propiedad contenida en el reconocimiento de los derechos fundamentales. ¿Y en qué consiste esta protección jurídica, en el sistema del Estado legislativo? No consiste desde luego en algunas posibilidades procesales y de acción judicial, en las que típicamente se piensa hoy en Alemania cuando se trata de la protección propia del Estado de Derecho, pero en las que no podía pensarse en el año 1848, ya que entonces era todavía desconocida toda la estructura de la actual jurisdicción administrativa.

La protección jurídica del Estado legislativo radica esencialmente en la reserva de la ley, cuya fuerza protectora necesita, a su vez, como una base indispensable, la confianza en el legislador y concretamente la confianza en el legislador del Estado legislativo parlamentario, en el Parlamento, que resuelve por mayoría simple. La congruencia y armonía nada problemáticas entre el Derecho y la ley es también aquí una cuestión existencial del Estado legislativo parlamentario.

Por ello, para que puedan ser suspendidos en el estado de excepción ciertos derechos fundamentales, se suspende simultáneamente, por tiempo determinado, la reserva de la ley y, con ella, el Estado legislativo, sí, la pieza esencial de la Constitución misma, la libertad y la propiedad; pero en la organización de un Estado legislativo no debe introducirse un nuevo legislador extraordinario. El Estado legislativo parlamentario, con su supremacía y su reserva de la ley, solo conoce un legislador, su legislador: el Parlamento; no soporta ningún poder legislativo extraordinario que le haga la competencia. Según este sistema, las "medidas" de las autoridades facultadas para realizar estos actos extraordinarios no son ilegales, pero tampoco tienen fuerza de ley. Esta última no la necesitan ni pueden tenerla, porque la suspensión de los derechos fundamentales está prevista, y mediante ella cesan todas las restricciones propias del Estado legislativo, las cuales habrían exigido para ello una ley y una fuerza de ley.

Ahora bien: si estas "medidas" se convierten en ordenanzas con fuerza de ley, como ha sucedido con el Reich alemán, en virtud de una práctica decenaria del gobierno, con la aprobación judicial sancionadora de los tribunales y el reconocimiento por parte de la teoría del Estado, entonces se ha infiltrado en el sistema de legalidad de la Constitución una nueva y heterogénea ilación de ideas. El nuevo legislador extraordinario del artículo 48 puede disponer ahora sobre

la libertad y la propiedad, tanto por la vía de la disposición cuanto por la vía de la ordenanza con fuerza de ley. Con ello puede disponer de la sustancia del mismo Estado burgués de Derecho, y ello por dos motivos curiosos: por un lado, gracias a su equiparación con el legislador ordinario, en virtud de la cual puede actuar amparado por la reserva de la ley en cuanto a la libertad y la propiedad, y, además, gracias también a la facultad de suspensión que se le confiere explícitamente, en virtud de la cual los derechos fundamentales dejan de ser un obstáculo para sus medidas. El legislador ordinario solo puede atentar contra los derechos fundamentales gracias a la reserva de la ley, pero no puede suspenderlos. En cambio, el legislador extraordinario puede hacer ambas cosas y, prescindiendo de todo lo demás, queda colocado con ello, de una manera peculiar, por delante del legislador ordinario y considerado como superior a él.

Pero la práctica de los poderes extraordinarios del artículo 48, sección 2, ha conducido a que el legislador extraordinario disponga de un poder legislativo que va aún más allá. Mientras que la aplicación del artículo 48 aparentemente simple y plausible, como la que es hoy usual en Alemania, parte de la equiparación del Presidente del Reich al legislador ordinario del Reich, pero sin que pueda hacer lo que está reservado al legislador competente para reformar la Constitución, se han promulgado entre tanto—con la aprobación de la teoría política y de la práctica de

los tribunales y con el reconocimiento especial del Tribunal de garantías constitucionales del Reich alemán—ordenanzas sobre la base del artículo 48, sección 2, las cuales atentan contra la competencia legislativa de los países, debido a lo cual no habrían podido ser promulgadas por la vía de una ley ordinaria del Reich. El ejemplo más claro a este respecto lo constituye la ordenanza sobre cajas de ahorro, decretada por el Presidente del Reich con fecha de 5 de agosto de 1931 (*RGB*, 1, I, pág. 429), apoyándose en el artículo 48, sección 2, mientras que la ley del Reich sobre esta materia, de fecha 21 de marzo de 1925 (*RGB*, 1, I, pág. 27), que regula la aceptación de préstamos del exterior por los municipios, precisamente para respetar la competencia legislativa de los países, fue promulgada como una ley de reforma constitucional del Reich, con arreglo al artículo 76.

El Tribunal de garantías constitucionales del Reich alemán, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1931 (*RGZ*, 134, Apéndice, págs. 12 y 26), se adhirió a la concepción de que el Presidente del Reich está facultado para decretar ordenanzas jurídicas en los territorios sometidos a la competencia de la legislación de los países. El Tribunal de garantías constitucionales reconoce incluso que el Presidente del Reich puede prescindir del artículo 5 de la Constitución y, de acuerdo con el artículo 48, sección 2, puede facultar al poder estatal de los países para crear

un Derecho regional que se aparte de los preceptos de la Constitución del país respectivo.

El razonamiento que aquí se da (aceptando la argumentación de Poetzsch-Heffter y R. Grau) alega en lo esencial que el artículo 48 contiene un "precepto independiente" de la Constitución del Reich en materia de "competencia". Esto no significa otra cosa sino que las prescripciones orgánicas ordinarias de la Constitución del Reich no prevalecen frente a los poderes extraordinarios del artículo 48. Por consiguiente, estas prescripciones orgánicas no son "intangibles". Del mismo modo, en relación con la prescripción esencialmente orgánica del artículo 87 de la Constitución del Reich, según la cual las autorizaciones de crédito solo pueden ser concedidas "mediante una ley del Reich", el Tribunal Supremo del Reich ha defendido y sostenido el punto de vista de que semejante ley del Reich para la autorización de un crédito podría ser igualmente promulgada mediante una ordenanza, con arreglo al artículo 48 (Exposición de motivos del proyecto de ley del Reich sobre amortización de la deuda y autorizaciones de crédito, de 12 de mayo de 1932, *RGB*, 1, I, página 901, Reichstagsdrucksache Nr. 1480; cf. el dictamen de G. Anschütz y W. Jellinek del 12 de marzo de 1932, publicado en Tubinga, 1932).

Las prescripciones orgánicas de la Constitución del Reich han resultado no ya simplemente "violadas" por esta aplicación del artículo 48, apoya-

da en la concepción dominante de la teoría y la práctica jurídicas, sino esencialmente modificadas. Esto vale tanto para las prescripciones que acaban de mencionarse sobre la división de competencias entre el Reich y los países y para el artículo 5 de la Constitución del Reich, que es fundamental para el Derecho político de la Federación alemana, cuanto para los derechos de cooperación del Reichsrat (arts. 69, 74 y 85, sección 4) y también para el precepto central con el que la Constitución trata de constituir el Estado legislativo parlamentario y que dice así: "Las leyes del Reich son aprobadas por el Reichstag" (artículo 68).

Ahora todas estas prescripciones orgánicas de la Constitución no son ya (según la frase acuñada por G. Anschütz) "a prueba de dictadura", porque en el artículo 48, sección 2, se encuentra un legislador extraordinario que está equiparado al legislador ordinario del Reich. Se debía reconocer, por lo menos, que debe permanecer intangible un mínimo orgánico, tanto para el Reich cuanto para la integridad de los países, si no se quiere que el artículo 48 eche por tierra toda la Constitución. En todo caso, una teoría que reconoce el derecho de decretar ordenanzas que reemplazan a las leyes del Reich y que incluso traspasan el ámbito de la competencia legislativa del Reich, no debería seguirse llamando "teoría de la intangibilidad", difamando así como "atentatoria a la Constitución" la interpretación del artículo 48, sección 2, defendida por E. Jacobi

y por mí (según la cual, aun prescindiendo de los siete artículos sobre derechos fundamentales que pueden ser suspendidos, no todas las prescripciones constitucionales singulares constituyen un obstáculo para el dictador del art. 48).

Quisiera subrayar aquí una vez más, como ya lo hice en mi conferencia sobre la ordenanza de necesidad de 1 de diciembre de 1930 (*Notverordnung und öffentliche Verwaltung,* Berlín, 1931, página 17) y en mi libro sobre el "guardián de la Constitución" (*Der Hüter der Verfassung,* Tubinga, 1931, pág. 121), que yo sostengo esa interpretación del artículo 48, sección, 2, y que el desarrollo del último decenio no ha hecho más que añadir a la facultad de dictar medidas del Presidente del Reich—cuya relación con los preceptos incompatibles que se incluyen juntos bajo el engañoso epígrafe de "Derechos y deberes fundamentales de los alemanes" es, ahora lo mismo que antes, completamente distinta de la que puedan tener las leyes efectivas—un derecho a promulgar ordenanzas jurídicas sustitutivas de las leyes del Reich. Hoy es preciso reconocer y admitir que este resultado llena, desde el punto de vista jurídico positivo, la laguna de la disposición transitoria contenida en el artículo 48, sección 2, y que permaneció abierta hasta la promulgación de la ley de ejecución prevista en la sección 5. Por ello se justifican también las ordenanzas del Presidente del Reich dictadas en sustitución de leyes financieras, concretamente las ordenanzas de autorización de crédito.

Max E. F. Kühnemann (*Reichsverwaltungsblatt*, 1931, pág. 745) ha tratado de demostrar que estas ordenanzas son anticonstitucionales en unas exposiciones cuya ingeniosidad y solidez son indudablemente muy importantes, pero que tienen el defecto de estar dominadas por los conceptos y los presupuestos del Derecho político de la monarquía constitucional y de interpretar las disposiciones legales financieras de la Constitución vigente sin atender a su coherencia con el conjunto de las demás disposiciones y conceptos de la Constitución. La Constitución de Weimar tiene un sistema constitucional esencialmente distinto que el tipo de Constitución de 1848 que nos ha sido transmitido; en especial, tiene un concepto de ley muy modificado, que ya no es unitario, sino que se ha hecho problemático. Las grandes dificultades que de aquí resultan no justifican la conservación indiscriminada de las nociones de Derecho financiero del siglo XIX contenidas en la argumentación de Kühnemann, ni las contradicciones internas en que se enreda la teoría dominante cuando declara que las prescripciones esenciales de la parte orgánica de la Constitución no son "a prueba de dictadura", pero declara "intangibles" los "derechos fundamentales" no suspendibles.

Para los fundamentos del Estado legislativo parlamentario y para su sistema de legalidad en su conjunto es entonces completamente secundario el que, según tales modificaciones establecidas en la parte orgánica de la Constitución (a

diferencia de aquellas prescripciones constitucionales orgánicas que no solo son "violadas", sino completamente reformadas, por el "precepto independiente sobre competencias" del artículo 48), se afirme con gran énfasis que los preceptos jurídicos materiales de la segunda parte son considerados intangibles y "a prueba de dictadura". ¿De dónde saca cada uno de los multicolores preceptos singulares de esta segunda parte de la Constitución tal fuerza y dignidad, cuando las prescripciones fundamentales de la primera parte, especialmente la misma fuente de la legalidad, ya no tienen validez "a prueba de dictadura"?

Si el "precepto independiente sobre competencias" del artículo 48 tiene fuerza jurídica constitucional para anular otras competencias y otros derechos de los países, establecidos y garantizados por la Constitución, quiere decirse que se abandona el principio de la "intangibilidad" de todo precepto constitucional singular. Si se reconocen la necesidad y la exactitud de esta concepción defendida por el gobierno del Reich y admitida por el Tribunal de garantías constitucionales del Reich alemán, entonces se hace difícil sostener la intangibilidad de cada precepto singular sobre derechos de los funcionarios o de las asociaciones religiosas frente a las medidas del artículo 48. Porque para una Constitución del contenido y de la estructura de la de Weimar lo que es Derecho para los países, tendría que ser por lo menos justo para las asocia-

ciones religiosas y para los funcionarios. Cuando las prescripciones orgánicas y sobre las competencias fundamentales no son "a prueba de dictadura", cada garantía constitucional de carácter jurídico material solo puede ser "a prueba de dictadura" si las garantías jurídicas materiales están formuladas como auténticas exenciones y prerrogativas y la segunda parte contiene ya una segunda Constitución, una contra-Constitución. Entonces tendrían que sacarse también, evidentemente, las consecuencias de esto para los límites de la reforma constitucional con arreglo al artículo 48, de lo que todavía está muy lejos la opinión dominante.

Hoy resulta evidente que la concepción dominante sobre el artículo 48 está enredada en contradicciones internas insolubles. Poetzsch-Heffter (*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, pág. 770) exige por ello con razón que se realicen mejores y más sistemáticos esfuerzos que los realizados hasta ahora para mantener la coherencia orgánica de conjunto de los "poderes dictatoriales" que concede la Constitución. Pero aquí habría que tener ante todo a la vista la distinción desarrollada anteriormente (Cap. II, 1) entre la segunda parte de la Constitución y la primera parte de la misma.

Todas esas contradicciones internas que presenta la teoría y la práctica del artículo 48, sección 2, que entre tanto se han hecho tan palmarias, solo son, en definitiva, una consecuencia

y un caso de aplicación de aquella desviación de los principios del Estado legislativo parlamentario y de desconocer hasta qué punto la segunda parte de la Constitución instaura una segunda y nueva Constitución. La inconsecuencia frente a los principios del Estado legislativo parlamentario que supone la introducción de garantías jurídicas materiales se hace especialmente visible a través de las contradicciones en que se ve envuelta necesariamente toda interpretación del artículo 48, sección 2, que desconozca esta coherencia. La historia del nacimiento del artículo 48, especialmente el desarrollo de esos siete derechos fundamentales suspendibles que se enumeran, confirma esto de una manera gráfica. Esta enumeración, que aparece por primera vez en el proyecto del Gobierno de 17 de febrero de 1919 (cf. Triepel: *Quellensammlung,* págs. 812 y 20-23) y que tiene su origen en los debates en la Comisión de Representantes de los Estados del 5 al 8 de febrero de 1919, cuenta concretamente con un capítulo de 12 artículos sobre derechos fundamentales, en el que, aparte de algunos principios generales (igualdad ante la ley, libertad de conciencia, libertad de creación artística y científica, minorías) que prácticamente no entran en consideración, se declaran suspendibles los siete artículos restantes sobre derechos fundamentales. En otras palabras: todo el capítulo sobre los derechos fundamentales, en cuanto contiene Derecho actual o en cuanto pudiera considerarlo así la opinión de entonces, puede ser suspendido.

En el curso ulterior de la historia de su nacimiento, esta enumeración permaneció sustancialmente sin modificar, salvo la adaptación de las cifras de los artículos, mientras que el capítulo sobre los derechos fundamentales se extendió rápidamente y se convirtió en la segunda parte de la Constitución, sin que nadie tuviese una clara conciencia de las repercusiones que podía tener esto sobre los siete artículos de los derechos fundamentales que se conservaron inalterados dentro del marco del estado de excepción. El fragmento de una segunda Constitución reformada, que nació con la nueva parte de los derechos fundamentales, en las prisas de aquel verano de 1919, no fue puesta en conexión orgánica ni en armonía con el sistema orgánico del Estado legislativo parlamentario ni con la regulación del estado de excepción, que se concibió como transitoria hasta la promulgación de una ley para su aplicación. En vista de la situación desesperada en que tuvo que proyectarse y redactarse la Constitución de Weimar, sería injusto reprochar a sus autores tales discrepancias. Por otra parte, es indudable que tampoco es admisible el desentenderse de las experiencias que entre tanto ha proporcionado un decenio de desarrollo jurídico constitucional fecundo en acontecimientos. Por ello no deberían seguirse desconociendo por más tiempo esas contradicciones.

El Estado legislativo parlamentario no conoce, por principio, garantías jurídicas materiales, por-

que confía incondicionalmente en el Parlamento como legislador ordinario. Pero si se desconfía del legislador ordinario, entonces puede equipararse a este el dictador, del cual se desconfía igualmente. En ese caso solo es admisible en apariencia lo que, en realidad, es absurdo y antisistemático, esto es, que la confianza retirada al legislador ordinario sea puesta automáticamente en el legislador facultado para reformar la Constitución. Esto es posible, por lo menos, cuando se distingue entre preceptos constitucionales de Derecho material "a prueba de dictadura" y "no a prueba de dictadura". Es concebible, sin que constituya en modo alguno una contradicción lógica en sí, declarar tangibles todas las disposiciones orgánicas y, en cambio, declarar intangibles y sagradas todas las garantías jurídicas materiales de la segunda parte. Solo que este sería un tipo de Estado distinto del Estado legislativo parlamentario, que sigue estando presente en la Constitución de Weimar. Sobre todo, no se debería quitar entonces a esta segunda parte, para ponerlo en manos del dictador, precisamente su elemento esencial propio del Estado burgués de Derecho, que es la protección de la libertad y de la propiedad, siendo así que, como ocurre en el artículo 48, son justamente estos derechos fundamentales los que se declaran suspendibles, en tanto que otras disposiciones (p. ej., las relativas a las asociaciones religiosas y a los funcionarios) permanecen inviolables e intangibles. Ciertas disposiciones orgánicas fundamentales, como las garantías propias

de un Estado federal que se conceden a los países, antiguas facultades de cooperación tradicionales del Parlamento en las autorizaciones de crédito, los derechos de cooperación del Reichsrat, la libertad y la propiedad, las verdaderas "cosas sagradas" del Estado burgués de Derecho, el monopolio legislativo del Parlamento, que es esencial para el Estado legislativo parlamentario, no son a prueba de dictadura, pero sí lo son ¡el derecho del funcionario a examinar su expediente personal y la conservación de las Facultades de Teología! Y todo esto no porque se quiera eximir, como tal vez sería correcto, los asuntos de poca importancia política, quizá bajo el razonable punto de vista de que *minima non curat dictator*, sino, por el contrario, porque se querían garantizar intereses superiores necesitados de protección y porque las garantías jurídicas materiales de la segunda parte se han sustraído, como una especie cualitativamente superior de leyes, al sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario normal.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, la verdadera razón de este embrollo jurídico-político y jurídico-constitucional está en la corrupción del concepto de ley. No puede haber ningún Estado legislativo sin un concepto de ley discernible y reconocido. Sobre todo, un Estado legislativo tiene que asegurar firmemente que el Derecho y la ley, la ley y el Derecho, estén en una armonía material y llena de sentido y que la norma adop-

tada por el legislador, en virtud de su facultad para legislar, sea, en consecuencia, algo distinto y más elevado que una mera medida. En un Estado legislativo, cuyo sistema de legalidad descansa en su totalidad sobre la primacía de tales normas legales, no se puede hacer pasar una medida por una ley ni una ley por una medida. El juez no puede administrar justicia en nombre de la medida, en vez de en nombre de la ley. "Si la justicia no puede distinguir lo que es una ley, corre el peligro de hacerse dependiente de no-leyes", dice muy acertadamente Ernst Fraenkel (*Die Gesellschaft,* octubre de 1931, pág. 336). El artículo 48, sección 2, de la Constitución del Reich autoriza al Presidente del Reich a dictar "disposiciones" o, como se decía en el primer proyecto de 1919, a dictar "órdenes". La concepción actual considera que es de por sí evidente que estas deben incluir también las "medidas legislativas". Por aquí se desliza una confusión lógica, que no carece de significación sintomática. "Medidas legislativas" son, en efecto, solamente medidas del legislador, medidas adoptadas por el legislador, pero no medidas dictadas por otro que no sea el legislador. Cabe preguntarse justamente si otro que no sea el legislador ordinario puede promulgar ordenanzas jurídicas con fuerza de ley, y esta pregunta no se contesta en modo alguno con la ayuda de la expresión "disposiciones legislativas".

En otros casos, la teoría y la práctica de la vida jurídica alemana conocen muy bien hoy la sin-

gularidad y la peculiaridad de la "medida", la cual no tiene en modo alguno el valor de una sutileza teórica. Debería considerarse evidente por sí mismo que una sentencia judicial no es una "medida" y, a la inversa, que por "medida" no puede entenderse una sentencia judicial. Incluso un autor, a cuyo entendimiento ha permanecido totalmente inaccesible la distinción entre ley y medida y que querría despachar la cuestión con una breve observación, presentándola como una necia ocurrencia, R. Grau ("Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten", en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts,* II, pág. 279, nota 15), se apresura a añadir en seguida: "Indudablemente, ciertos actos estatales, por su calificación funcional, tienen que ser separados de la esfera de la medida, concretamente aquellos que competen al poder judicial independiente." También con relación al antagonismo entre pena y simple medida coactiva está viva todavía una conciencia jurídica diferenciadora. Así, subraya la Audiencia prusiana (sentencia de 22 de marzo de 1932, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 1932, pág. 534) que los medios coactivos de las autoridades policiales deben ser en lo sucesivo (según el Cap. IX de la ley prusiana de administración policial de 1 de junio de 1931) medios preventivos, pero no penas, pues la pena como "penitencia" (expiación) es independiente de la existencia e inexistencia del peligro de una situación atentatoria a la policía, es decir, es independiente de la situación real concreta.

En consecuencia, también los fallos judiciales y las penas pueden diferenciarse de las medidas. Lo más sorprendente es que ya no se presta atención a la distinción entre ley y medida, que es fundamental para todo el sistema de legalidad de un Estado legislativo. En el *Archiv des öffentlichen Rechts* (vol. 21, págs. 139 y sgs.) llama Karl Loewenstein "por lo menos delicada" a la ordenanza sobre el Banco Danat de 13 de julio de 1931, promulgada con arreglo al artículo 48, debido a la manera peculiar de tratar a este banco; dice K. Loewenstein que la prohibición de secuestros, de embargo ejecutivo y de apertura de quiebra contra este banco constituye un "caso sin precedente en la historia del Estado de Derecho alemán", de lo cual resultan violaciones del artículo 105 (juez legislador) y del artículo 109 (igualdad ante la ley), que no forman parte de los derechos fundamentales suspendibles que enumera el artículo 48. Lo característico de una medida, que es precisamente el tomar en consideración la situación concreta de un caso, se utiliza de esta manera para poner al descubierto las anticonstitucionalidades, porque los actos del "dictador" se conciben tácitamente, con la mayor naturalidad, como "ley" y se colocan bajo el precepto de la igualdad del artículo 109 de la Constitución del Reich, en cuyo precepto solamente se expresa el carácter general de la ley, que es propio del Estado de Derecho. El artículo 48 debería autorizar al Presidente del Reich precisamente a decretar medidas, y el hecho de que a sus poderes para dictar medidas se haya añadido

aún una facultad legislativa extraordinaria no puede anular ni restringir la de dictar medidas. Pero justamente se le hacía jurídicamente imposible decretar medidas, toda vez que a estas se las trata como "leyes", ante las cuales tiene que existir la igualdad. De esta manera, el menosprecio de una distinción elemental convierte un claro precepto jurídico constitucional sencillamente en lo contrario. El hecho de que todavía hoy la medida se distingue tan solo del acto jurisdiccional, pero no del acto legislativo, constituye tal vez un síntoma claro de que la conciencia jurídica constitucional de nuestros días percibe inmediatamente el Estado jurisdiccional y el Estado administrativo, mientras que para ella han dejado de ser interesantes y comprensibles las distinciones específicas del Estado legislativo parlamentario.

En todo caso, no es culpa del dictador el que al uso y costumbre reconocidos durante diez años en cuanto a su facultad para decretar medidas se haya añadido todavía un derecho a decretar ordenanzas que sustituyen totalmente a las leyes. Solo frente a la práctica seguida en los años 1930 y 1931 con las ordenanzas de necesidad se ha restablecido el respecto por una característica del concepto material de ley, que es la duración. Los representantes del pensamiento propio del "Estado de Derecho" acentúan ahora con especial firmeza que las órdenes del Presidente del Reich, emitidas con arreglo al artículo 48, deben ser solamente provisiona-

les, no permanentes. Entre los muchos escrúpulos y objeciones que se han reunido contra esa práctica de las ordenanzas en esos dos años, esta alusión al "carácter provisional" de las disposiciones del artículo 48 parece ocupar hoy el centro de gravedad y tener la mayor fuerza de convicción (cf. la demostración en el artículo "Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis", en *Reichsverwaltungsblatt* de 27 de febrero de 1932, pág. 162, y en Anschütz: *Kommentar,* pág. 280). También el Tribunal de garantías constitucionales del Reich alemán subraya, en las mencionadas sentencias de 5 de diciembre de 1931 (*RGZ,* Apéndice, págs. 24 y 43), que las ordenanzas del Presidente del Reich deben "estar destinadas en definitiva para toda duración". Pero lamentablemente casi siempre falta el conocimiento de que la prohibición de ordenanzas "duraderas" no se derive tanto de las palabras formularias del artículo 48, sección 2, cuanto de la esencia de la medida, en contraposición a la ley, y de que, con arreglo a la noción que el Estado de Derecho (esto es, aquí el Estado legislativo) tiene de la ley, la duración es una característica de la misma.

La distinción entre ley y medida es rechazada casi siempre basándose en que es una distinción imprecisa y difícilmente delimitable. El que de la dificultad de su delimitación se saque la consecuencia (absurda, lógicamente considerada) de la inexistencia de límites es un argumento de comodidad. Pero ni siquiera esta conclusión de

la falta de límites es sostenida de una manera consecuente. Al final del párrafo recién citado de que, según el artículo 48, determinadas ordenanzas son inadmisibles "para toda duración", continúa diciendo el Tribunal de garantías constitucionales que un reglamento es admisible "para un tiempo indeterminado de duración presumiblemente más larga". Por tanto, distingue entre "toda duración" y "duración indeterminada más larga", distinción que resulta aún más indefinida y más difícil de delimitar que la distinción entre ley y medida.

La práctica de hoy tiene su último fundamento en el hecho de que en la realidad de la vida estatal del propio legislador se ha abandonado hace ya tiempo la distinción interna entre ley y medida. Hoy apenas habrá todavía mayorías parlamentarias que crean en serio que sus proyectos de ley regirán "para toda duración". La situación es tan poco calculable y tan anómala, que la norma legal pierde su antiguo carácter y se convierte en mera medida. Si el mismo legislador, y con él la teoría del Estado legislativo parlamentario, bajo la influencia de esta realidad, declara leyes a todas las medidas adoptadas por el legislador y para este no se diferencian ya la ley y la medida, es lógico que, a la inversa, el dictador autorizado para decretar medidas obtenga también un derecho extraordinario a legislar. El legislador puede decretar medidas, y el dictador autorizado para decretar medidas puede promulgar leyes. Desde luego, la no dife-

renciación entre la ley y la medida se plasma probablemente en la práctica en el nivel de la medida. Para el Estado administrativo, que se manifiesta en su práctica de las medidas, el "dictador" es más adecuado y concuerda mejor con su esencia que un Parlamento separado del ejecutivo, cuya competencia consiste en aprobar normas generales destinadas a regir en lo sucesivo de una manera duradera.

CONCLUSION

En la Constitución de Weimar han aparecido tres legisladores extraordinarios—*ratione materiae, ratione supremitatis* y *ratione necessitatis*—, los cuales han puesto en peligro el sistema lógico de la legalidad del Estado legislativo parlamentario, al que, a pesar de todo, quería aferrarse la Constitución. Aquí nos abstendremos de considerar las demás complicaciones que resultan de las repercusiones causadas por los elementos federalistas que contiene la Constitución. Podría sospecharse que el legislador parlamentario ordinario no es capaz de resistir, en esta situación, el asalto de sus tres rivales extraordinarios. Sin embargo, cuando se examina la misma estructura de la Constitución se ve que esta conjetura es teóricamente infundada. Porque, tratándose de una distinción constitucional fundamentalmente política que afecta a toda la esencia del Estado, el sistema sobre el cual está edificada resueltamente la Constitución, en cuanto principio estructural, es siempre superior, mientras no se adopte otro sistema igualmente fundamental y lógico. En la República francesa, p. ej., el parlamentarismo ha logrado hacer completamente innocuo el impulso hacia la legiti-

midad plebiscitaria que contenían las leyes constitucionales de 1875, al establecer la posibilidad de disolver el Parlamento. La plena "secularización" del Estado francés respondía a una consecuente neutralidad axiológica liberal en las cuestiones confesionales y religiosas. Para el futuro previsible no se contempla prácticamente, en la República francesa, un control del Parlamento mediante el ejercicio de un derecho de fiscalización judicial del contenido de las leyes ni por otros métodos propios del Estado jurisdiccional. Las leyes constitucionales francesas de 1875 se limitaban, evidentemente, a disposiciones orgánicas, y no conocen los legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar.

No obstante, también en la Constitución de Weimar habría podido salir victorioso el sistema de legalidad parlamentario. Porque las desviaciones de los preceptos fundamentales y de los principios estructurales del Estado legislativo parlamentario causadas por la introducción de esos tres legisladores extraordinarios son imprecisas y en la Constitución misma no se encuentran articuladas de una manera integral. Dichas desviaciones contienen tentativas e inicios, que aspiran más bien a corregir ciertas anomalías del sistema parlamentario, a fin de salvar el sistema, pero no a implantar un nuevo tipo de Estado, ya sea un Estado jurisdiccional o un Estado gubernativo o un Estado administrativo.

Estas desviaciones pierden pronto una gran par-

te de su importancia práctica cuando el Parlamento ejerce su poder con una voluntad decidida y unitaria. Incluso una mayoría simple tiene medios para reprimir la competencia del Estado jurisdiccional, sin necesidad de un gran esfuerzo y por la vía legal, mediante leyes y mediante la acción del gobierno, que depende de su confianza. Las garantías jurídicas materiales contenidas en la Constitución pueden dividirse en garantías que, debido a su carácter apolítico, carecen de interés para la mayoría del momento y garantías que, por razón de su importancia política, pueden quedar sometidas al poder de la mayoría del momento.

El Parlamento tiene también muchas posibilidades de reducir prácticamente a la impotencia al segundo legislador extraordinario que le hace la competencia, esto es, al legislador del procedimiento legislativo plebiscitario. Esto ha sucedido realmente en los últimos años, incluso con gran éxito. Mediante la interpretación del artículo 75 de la Constitución del Reich, sancionada por el Tribunal electoral y considerada "definitiva" por G. Anschütz (*Kommentar*, página 400), que ha sido mencionada anteriormente (pág. 102), se ha exigido la participación de la mayoría de los electores, incluso para un plebiscito por iniciativa popular, con lo cual se anulaba el secreto de la votación, haciendo prácticamente casi imposible la verificación de tal plebiscito. Es de mayor interés el hecho de que precisamente frente al legislador plebiscitario in-

cluso el gobierno se haya atenido al concepto material de la ley y al principio de la distinción de poderes, logrando sustraer así a este procedimiento legislativo plebiscitario, entre otras cosas, las medidas y los actos de gobierno (cf. *Reichstagsdrucksache,* 1928-1929, núm. 1429 para la iniciativa popular con el proyecto de ley de libertad contra el Plan Young).

Finalmente, el tercer legislador extraordinario, es decir, el dictador del artículo 48, sección 2, solo puede ejercer su actividad de manera legal mientras lo tolere el legislador parlamentario, esto es, mientras este no haga uso de su derecho a exigir la derogación de las medidas y no apruebe ningún voto de censura contra el gobierno que las refrenda. Muchos casos de aplicación del artículo 48, sección 2, especialmente la práctica de las ordenanzas de necesidad seguida en los últimos años, parecen constituir un procedimiento legislativo sumario ejercido sobre la base de la autorización tácita del Parlamento. Naturalmente, en los tres casos son concebibles conflictos, pero la división de poderes, tal como la establece la Constitución, es de tal naturaleza que la mayoría del Reichstag puede quedar, sin dificultad, dueña del campo, como vencedor legal, desde el momento en que hace conocer su firme voluntad.

Con esto no se restituye, sin embargo, el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario. La voluntad momentánea de la mayoría

del Parlamento en un instante dado solo descansa, desde hace mucho tiempo, en un compromiso entre organizaciones de poder completamente heterogéneas, y el Parlamento se ha convertido en escenario de un sistema pluralista. Incluso en las tentativas realizadas para crear una especie de sustitutivo del Parlamento, mediante consejos, comisiones y similares, como, p. ej., el llamado Consejo de economía del Presidente del Reich, instituido en octubre de 1931, se ha puesto con frecuencia al descubierto la dispersión pluralista. Un pluralismo lógicamente establecido necesita otra clase de justificación, distinta de la legalidad del Estado legislativo parlamentario. Las organizaciones de poder fuertes, que integran totalmente a sus miembros bajo una cosmovisión particular, desde puntos de vista económicos y de otra índole, en otras palabras, los soportes de un sistema pluralista, transforman en posiciones de su complejo de poder todas las competencias estatales, federales, comunales, jurídico-sociales y otras; mediante pactos y compromisos con otros copartícipes del sistema pluralista, forman la voluntad estatal dodinante y—lo que aquí importa, sobre todo—no pueden dejarse vencer ni rebasar por una mayoría más fuerte en cuestiones que sean para ellos de importancia vital.

Mientras existan políticamente como tales, no pueden renunciar a ejercer una influencia preponderante en las cuestiones relacionadas con el concepto y la interpretación de la Constitu-

ción, ya que en ello les va su propia existencia política. Si se ven ante un sistema de legalidad que pone en peligro su propia modalidad existencial, tienen que renunciar a su existencia política, o bien hacer valer de una u otra forma un derecho de resistencia. Pero como ya se ha dicho, la supresión de todo derecho de resistencia es una función propia del concepto de legalidad y este, a su vez, es esencial de una manera específica para el Estado legislativo parlamentario. Por supuesto, las potencias que integran el Estado pluralista de partidos sienten poco interés por la lógica.

Estas potencias prefieren permanecer en el crepúsculo de una situación intermedia, que les permite actuar ora como "Estado", ora como "entidad meramente social" y "mero partido", para disfrutar de todas las ventajas que les proporciona su influencia sobre la voluntad estatal, sin incurrir en las responsabilidades ni en los riesgos de la política, y tocar así *à deux mains.* Pero con esta voluntad por la inconsecuencia no se salva de ningún modo el sistema de legalidad parlamentario. Ya esa sola situación intermedia basta para anular al Estado legislativo parlamentario y su sistema de legalidad.

Lo mismo vale para la negativa del principio de igualdad de *chance,* que es una consecuencia ulterior inevitable del sistema pluralista. Tal negativa excluye prácticamente a todos los partidos que no participan en el pluralismo. Este re-

sultado no cambia nada, porque la cuestión de la culpa sea resuelta en favor de la derecha, o de la izquierda, o del centro, si a tal partido se le puede reprochar el haber "comenzado" por suprimir este presupuesto de la legalidad. Incluso está sin resolver la cuestión de si un retroceso a la situación "pura" de las mayorías parlamentarias "puras", es decir, "homogéneas", restablecería el sistema de la legalidad o si no habría más bien que esperar que fuesen precisamente estas mayorías homogéneas, simples o calificadas para la reforma de la Constitución, las que cometen los peores abusos de las primas de que goza el poder, de las que ya se ha hablado, y pongan en mayor peligro al sistema de la legalidad. Con ello desaparece el presupuesto esencial del concepto de legalidad en el Estado pluralista de partidos.

Hasta ahora no ha aparecido por ninguna parte una nueva especie de Constitución que responda a un sistema pluralista perfeccionado. Ni el poder efectivo de las organizaciones pluralistas, ni la conciencia teórico-constitucional de la época, han producido formaciones específicas. Más bien permanece todo hasta ahora sobre los carriles y en las fórmulas del sistema de justificación que nos ha sido transmitido. Los partidos tratan de sacar provecho de la legalidad de la posesión momentánea del poder y, sobre todo, de las primas y plusvalías políticas; pero en la misma medida en que entierran al sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario,

chocan con el legalismo de un sistema opuesto a dicho Estado, es decir, chocan con el sistema de legitimidad plebiscitario democrático.

En la legitimidad de la elección popular plebiscitaria no solo se apoya el Presidente del Reich, quien mantiene en equilibrio al Parlamento. Tampoco el Parlamento tiene ya en sí mismo la dignidad de una asamblea que se caracteriza por cualidades específicas y que elabora leyes en el sentido específico de la palabra. Ya no tiene la significación propia independiente que, como fuente de legalidad, debía tener en un Estado legislativo basado en la legalidad. Porque las elecciones se han convertido en proceso plebiscitario. Ya hace tiempo que han dejado de ser una selección, en el sentido de descubrimiento y encumbramiento de una *élite* y de la fundación de una representación independiente.

La misma tendencia plebiscitaria se observa en la disolución del Parlamento, que se ha transformado en un acontecimiento normal, la cual tiene el sentido de una "apelación al pueblo" y, por tanto, también una significación y una función plebiscitaria. El Parlamento del momento, con su mayoría del momento, no es entonces más que una interpolación interplebiscitaria. En un sistema de procesos plebiscitarios, solo le corresponde una importancia derivada de sus bases "sociales y técnicas".

Cuando se considera la práctica de las ordenanzas de necesidad del Presidente del Reich, el

Estado alemán, en su realidad concreta actual, aparece como una combinación de Estado administrativo y Estado jurisdiccional, que encuentra su última justificación sobre la base y en el marco de la legitimidad democrático-plebiscitaria. Pero el sentido de la manifestación plebiscitaria de la voluntad no es el de una norma, sino, como expresa acertadamente el término "decisión popular", el de una decisión tomada por una voluntad. También está en su naturaleza el hecho de que el plebiscito solo puede llevarse a cabo intermitentemente y en determinados momentos; en la realidad, apenas puede organizarse el repetidamente citado "plebiscito diario", el *plébiscite de tous les jours*. El pueblo solo puede decir sí o no; no puede asesorarse, ni deliberar, ni discutir; no puede gobernar ni administrar; tampoco puede elaborar normas, sino únicamente sancionar con su *sí* el proyecto de norma que se le presente. Sobre todo, tampoco puede hacer preguntas, sino que tiene que limitarse a responder con un sí o un no a la pregunta que se le someta. Si en vez de plantearle una pregunta susceptible de respuesta se le presenta una serie de listas de candidatos de partidos —que, a su vez, son elaboradas en la sombra, de una manera sumamente oscura, por comisiones de los partidos—y el gobierno evita también plantearle toda cuestión decisiva, a través de la disolución del Parlamento, entonces el proceso que habría de dar lugar a una "elección" se convierte en un procedimiento internamente imposible. Ya no es elección, sino que

tiene el sentido de un plebiscito; pero no por hacérsele una pregunta susceptible de respuesta llega tampoco a ser un verdadero plebiscito, que pronuncia un sí o un no, y si llega a serlo, en el mejor de los casos, será debido únicamente a una feliz casualidad.

Y, sin embargo, la legitimidad plebiscitaria es la única especie de justificación estatal que hoy debe reconocerse en general como válida. Incluso es probable que encuentre aquí explicación una gran parte de las tendencias que existen actualmente sin duda hacia el "Estado totalitario". A estas tendencias no se las despacha simplemente con llamarlas reaccionarias ni con decir que añoran con volver al pasado. Mucho más importante es el conocimiento de que la razón de ser del "Estado totalitario" actual o, más exactamente, de la politización total de toda la existencia humana, hay que buscarla en la democracia, y que, como expone Heinz O. Ziegler (*Autoritärer oder totaler Staat*, Tubinga, 1932), para emprender la necesaria despolitización y librarse del Estado totalitario se necesita una autoridad estable que sea capaz de restablecer esferas y dominios para una vida libre. Pero el motivo más fuerte de esas tendencias hacia la *auctoritas*, desde el punto de vista teórico-constitucional, está en la situación misma y emana directamente del hecho de que la legitimidad plebiscitaria es actualmente el único sistema de justificación reconocido que queda. Como quiera que dependen de que se sometan preguntas al

pueblo, todos los métodos plebiscitarios presuponen un gobierno que no solo se ocupe de la gestión de los negocios, sino que tenga también autoridad para plantear correctamente las preguntas plebiscitarias en su debido momento. La pregunta solo puede ser planteada desde arriba; la respuesta solo puede venir de abajo. Aquí también encuentra aplicación la fórmula del gran estructurador de constituciones, Sieyès: autoridad desde arriba, confianza desde abajo.

La legitimidad plebiscitaria precisa de un gobierno o de cualquier otra instancia autoritaria en la que pueda tenerse confianza de que planteará correctamente la pregunta correcta y de que no abusará del gran poder que emana del proceso plebiscitario. Esta es una especie de autoridad muy importante y peculiar. Puede emanar de diversas fuentes: de la repercusión e influencia de un gran éxito político; de residuos autoritarios de una época predemocrática todavía subsistentes, o del prestigio político de una *élite* extrademocrática, de la que los partidos organizados actuales son, en su mayoría, tan solo un sucedáneo o una caricatura. También un gobierno que quiera apoyarse en la fuerza del ejército o en la burocracia, en vez de apoyarse en la legalidad parlamentaria o en la legitimidad plebiscitaria de un presidente elegido, precisa de la legitimidad plebiscitaria como sanción, ya que hoy no existe ninguna otra. Pero semejante gobierno tendría que tomar por sí mismo la iniciativa de plantear la pregunta plebiscitaria, corriendo así el

peligro de sufrir un fracaso. El tratar de aprovecharse de la especie de superioridad que le cae en suerte a un gobierno al que le ha fallado todo lo demás, pero que quiere evitar el plantear una pregunta clara, solo es seguro en apariencia. Esta superioridad solo es posible durante un tiempo.

El manto de la legitimidad plebiscitaria es amplio y tiene pliegues espaciosos, por lo que puede encubrir y ocultar muchas cosas. Pero la apelación al pueblo siempre entraña, para quien la realiza, alguna dependencia, e incluso el célebre ejemplo de los plebiscitos napoleónicos demuestra lo precarias y revocables que son esas legitimaciones. Sería un peligroso error considerar al instrumento de la legitimidad plebiscitaria más inofensivo que otros métodos y esperar que un brazo débil o una voluntad indecisa puedan manejarse aquí con una habilidad especial o encontrar un complemento cómodo.

La fugaz situación provisional se caracteriza, evidentemente, en su conjunto, por el esfuerzo por complementarse y suplementarse. En los períodos oscuros de transición se verá que todos los gobiernos, a pesar de que utilicen el método plebiscitario para la disolución del Parlamento, rehúyen plantear una pregunta plebiscitaria a la que pueda contestarse definitivamente con un sí o un no. La ordenanza de disolución decretada por el Presidente del Reich con fecha 4 de junio de 1932 (*RGB*, I, I, pág. 255) indica como motivo de la disolución el hecho de que el Reichs-

tag "no responde ya a la voluntad política del pueblo alemán, como demuestra el resultado de las elecciones celebradas en los últimos meses para los Landtag de los países". La justificación plebiscitaria se encuentra aquí asociada al repudio a plantear un plebiscito, y las "elecciones" que siguieron a semejante disolución no pudieron dar una respuesta suficientemente unívoca para constituir una decisión política segura.

Todo este proceso no constituye ni unas elecciones auténticas ni un plebiscito auténtico y, según el resultado obtenido, solo sirve de legitimación complementaria para el gobierno o para algunos partidos que carecen de legitimación. Pero también la burocracia, que sirve de soporte al Estado administrativo, trata comprensiblemente de obtener semejantes complementos legitimadores. La burocracia está ligada a las formas de legitimidad que le han sido transmitidas, ya sea a la dinástica, ya sea a la democrática plebiscitaria; pero ninguna de estas dos formas es apropiada para los nuevos cometidos del Estado, que tiende cada vez más hacia el totalitarismo, como ocurre con los cometidos del Estado empresario, del Estado de asistencia social y otros muchos. Así, este Estado burocrático trata también de proporcionarse autoridad (como en el Derecho público romano, según el cual quien poseía el *jus cum patribus agendi* tomaba prestada del Estado su *auctoritas*), para lo que encuentra posibilidades, en parte, en el Presidente del Reich, en parte, en la justicia de los tribunales

superiores, especialmente en el Tribunal de garantías constitucionales y en el Tribunal Supremo del Reich. Pero es evidente que los tribunales solo pueden desempeñar esta función mientras conserven su autoridad y esta no haya sido todavía aniquilada, como consecuencia de alguna decisión adoptada en procedimiento judicial sobre cuestiones políticas en torno al poder.

En la situación peculiar del Estado de partidos, los soportes organizados del sistema pluralista solo pueden servir, en definitiva, de recursos para complementar su autoridad, ya que no poseen ninguna autoridad interna y propia. Aun cuando la Constitución exige un gobierno que cuente con la confianza del Parlamento, terminan por no dar al gobierno su voto, ni de confianza ni de desconfianza, sino que recurren a una serie de fórmulas intermedias, tales como "aprobar" o "tolerar", como expresión de una posición ecléctica entre Estado y partido; no aprueban ninguna ley de plenos poderes, pero tampoco exigen la derogación de las ordenanzas decretadas con arreglo al artículo 48, prefiriendo también aquí la situación provisional.

Un Estado pluralista de partidos no se hace "totalitario" en virtud de su fuerza ni de su energía, sino por debilidad; interviene en todos los dominios de la vida, porque tiene que dar satisfacción a las reivindicaciones de todos los intereses. Tiene que intervenir especialmente en el dominio de la economía, que hasta ahora perma-

necía libre de la injerencia estatal, aun cuando renuncie a toda dirección e influencia política en este dominio. "Un Estado que, en una época predominantemente económica y técnica, renuncia por su propia iniciativa a saber nada del desarrollo económico y técnico y a dirigirlo, tiene que declararse neutral frente a las cuestiones y las decisiones políticas y que renunciar, por tanto, a sus pretensiones de dominio." No obstante, ningún Estado, por débil que sea, renunciará jamás, mientras exista como Estado, a dominar mediante la negación y la anulación de todo derecho de resistencia. Por el contrario, incluso podría confirmarse, como ha dicho B. Constant, que la debilidad y la mediocridad utilizan el poder que les cae en suerte de una manera más convulsiva y virulenta que una fuerza auténtica, aunque se dejen arrastrar por sus pasiones. De ahí que un Estado débil busque indiscriminadamente las legalizaciones, las legitimaciones y las sanciones, y que se sirva de ellas tal como las encuentra.

En un Estado que, por el ámbito y las materias que abarcan sus intervenciones, es "totalitario" y que, al mismo tiempo, está desmembrado en un Estado pluralista de partidos, esos fragmentos de poder que se apoderan de la influencia política, tanto si son relativamente duraderos como si tienen una existencia fugaz, están todos sometidos a la misma coacción: la de aprovechar el instante de su poder para anticiparse a su adversario interno y considerar toda especie

de justificación como arma para la lucha política interna.

La legalidad y la legitimidad se convierten entonces en instrumentos tácticos, de los que cada cual se sirve conforme le resulte ventajoso en el momento, arrojándolos a un lado cuando se dirijan contra él mismo, y tratando cada uno constantemente de arrancárselos de la mano al otro. Ni la legalidad parlamentaria, ni la legitimidad plebiscitaria, ni ningún sistema concebible de justificación, puede sobrevivir a semejante degradación en herramienta técnico-funcionalista. También la Constitución se disuelve en sus elementos y en sus posibilidades de interpretación contradictorios, y ninguna ficción normativista de "unidad" impedirá que cada uno de los grupos en pugna se apodere de aquel fragmento o palabra de la Constitución que le parezca más apropiado para derribar al partido contrario, también en nombre de la Constitución. La legalidad, la legitimidad y la Constitución, en vez de impedir la guerra civil, solo contribuyen a exacerbarla.

En una situación semejante y con tales métodos los residuos de autoridad se desvanecen tan rápidamente como la legalidad y la legitimidad, y se siente en general la necesidad de revisar la Constitución. Hasta la categoría más baja de los beneficiarios del *status quo* coinciden entonces en clamar por la reforma. Sería una desgracia en el grado más extremo el que la inevitable revi-

sión se convierta igualmente en instrumento de compromisos tácticos y se pierda la gran posibilidad de una reforma en unos cuantos cambios de tipo orgánico. De ahí que sea necesaria una clara visión de la coherencia estructural fundamental que distingue una Constitución de cualesquiera productos de la actividad legislativa de la política de partidos. En primer término, es preciso formular claramente la primera y más importante cuestión que se plantea hoy todo plan serio para proceder a una revisión de la Constitución alemana. Tal cuestión afecta a la alternativa siguiente: reconocer la capacidad sustancial y las fuerzas del pueblo alemán, o bien conservar y continuar la neutralidad axiológica funcionalista, con la ficción de la igualdad de *chance* para todos, sin distinción de capacidad, de objetivo y de tendencia.

Una Constitución que no se atreviera aquí a adoptar una actitud decidida y que, en vez de ofrecer un orden sustancial, tratara de dar a las clases, tendencias y objetivos en pugna la ilusión de poder arreglar sus cuentas legalmente, de alcanzar legalmente todos sus objetivos de partido y de aniquilar legalmente a todos sus adversarios, ya no es hoy posible más que como un compromiso formulario y tendría como resultado práctico el destruir también su propia legalidad y su propia legitimidad. En el instante crítico en que una Constitución tiene que ponerse a prueba, fallaría necesariamente. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los defectos de

la Constitución de Weimar es que también aquí ha tratado de realizar una yuxtaposición, mediante la cual la primera y la segunda parte se contraponen en definitiva como dos Constituciones distintas, cada una de ellas con una lógica distinta, un espíritu distinto y un fondo distinto. Tal como se presenta, esta Constitución está llena de contradicciones. Pero, por vago y confuso que quedara el propósito de Friedrich Naumann, cuando redactó—bajo el escarnio de risas del positivismo inconsciente de la anteguerra—su proyecto sobre los derechos fundamentales, tenía, sin embargo, más afinidad con la esencia de una Constitución alemana que la neutralidad axiológica del sistema mayoritario funcionalista. Y si, sabiendo que la Constitución de Weimar encubre, en realidad, dos Constituciones, se da ahora a elegir una de ambas, la decisión recaerá en favor del principio de la segunda Constitución y de su tentativa de establecer un orden sustancial. El germen que encierra la segunda parte de la Constitución merece ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna. Si se logra esto, está salvada la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, pronto se acabará con las ficciones de un funcionalismo mayoritario, que permanece neutral ante los valores y ante la verdad. Entonces la verdad se vengará.

APENDICE

EL PROBLEMA DE LA LEGALIDAD

El padre oratoriano Laberthonnière, fallecido en 1932, dejó a su muerte una voluminosa obra, que ha sido publicada por su amigo Louis Canet. Hasta ahora han aparecido seis elegantes volúmenes, entre los años 1933 y 1948. A estos se ha añadido hace algún tiempo otra publicación, que merece nuestro especial interés, y es una crítica del concepto de soberanía de la ley [1]. El padre Laberthonnière se vuelve contra las divulgadas nociones teológico-morales, filosóficas y jurídicas acerca de la preeminencia de la ley, que se remontan a una célebre máxima de Aristóteles, según la cual deben dominar "no los hombres, sino la ley". A esta máxima replica el sabio oratoriano con la dura afirmación de que detrás de cada ley terrenal hay inmediatamente hombres que se sirven de ella como de un medio para su poder.

---

[1] *Oeuvres de Laberthonnière, publiées par les soins de Louis Canet, Sicut ministrator. Critique de la notion de souveraineté de la loi. Introduction et notes de* Marie-Madeleine d'Hendecourt, París, Librairie philosophique J. Vrin, 1947.

El padre Laberthonnière va muy lejos en su crítica. *La maxime "C'est la loi" ne diffère en rien au fond de la maxime "C'est la guerre"*. Esta conexión entre la ley y la guerra es, en realidad, sorprendente y suena muy radical. El conocimiento en que se basa solo puede ser entendido como el fruto amargo de experiencias de la guerra civil. Esta formulación del oratoriano debe servirnos aquí de ocasión para recordar algunas experiencias históricas, morales, jurídicas y sociológicas de los últimos decenios.

I

¿Por qué siguió la burocracia alemana a Hitler? Con esta pregunta no se trata de suscitar nuevas inculpaciones ni de elaborar nuevas disculpas. Hablamos del problema técnico general de la legalidad, que es un problema sumamente moderno y que no afecta en modo alguno únicamente a la burocracia alemana. Aquí no se trata de casos concretos individuales, sino de la situación sociológica total de un gran círculo de personas. Dentro de este círculo, que abarca muchos centenares de miles de personas, se trata, a su vez, de manera especial, del estrato dirigente y gobernante, es decir, de la burocracia ministerial salida de entre los altos funcionarios.

Muchos funcionarios de grado diverso habían simpatizado ya con Hitler y su movimiento antes de 1933, especialmente a partir del gran éxito

electoral de septiembre de 1930. Los motivos de esta simpatía eran de naturaleza diversa y muy variada. Radicaban, en parte, en las consignas nacionales que lanzaba Hitler, y en parte también, en intereses estamentales y de clase. La burocracia alemana, en general, y los funcionarios superiores, en especial, no veían en Hitler ninguna amenaza para su existencia social y económica común. Pero esta existencia común tenía antes de 1933 un doble fundamento: el Estado burocrático alemán tradicional, con los derechos adquiridos de sus funcionarios, y el poder de una alta burocracia ministerial influyente. Ambas cosas—los derechos adquiridos de los funcionarios y el poder de la alta burocracia ministerial—habían alcanzado en los últimos años de la Constitución de Weimar su punto culminante. La Constitución de Weimar había garantizado explícitamente los derechos adquiridos de los funcionarios. La alta burocracia ministerial se había convertido en legislador, a través de la práctica de las ordenanzas de necesidad del artículo 48. La ordenanza había desplazado a la ley. La creación del Derecho se había "motorizado" mediante simplificaciones y abreviaciones. Pero toda motorización del procedimiento legislativo significa un aumento de poder para los despachos donde se originan las ordenanzas.

La mayoría de los funcionarios no veían en Hitler ningún peligro, ni para sus derechos adquiridos ni para la situación de poder de la burocracia alemana en su conjunto. Muchos creían en las reite-

radas seguridades que les daba Hitler, e incluso le consideraban como el salvador de los principios fundamentales de la burocracia alemana existente. Todos temían a la guerra civil abierta y consideraban las promesas de legalidad de Hitler como una protección frente a la guerra civil. Solo muy pocos presentían parcialmente la amenaza que tenía que significar para el Estado burocrático alemán tradicional un sistema de partido único.

Hitler hizo también todo lo posible para cultivar esta despreocupación. A este fin sirvieron sus alabanzas a la burocracia alemana contenidas en su libro *Mi lucha* y en el programa para una restauración de la burocracia profesional alemana y para la organización de una unión nacional-socialista de los funcionarios. Pero lo decisivo fueron las solemnes declaraciones de legalidad, especialmente el célebre juramento de legalidad prestado en el proceso de Scheringer en 1930. El problema de la legalidad aparecía ya entonces como la clave del problema del poder estatal en Alemania. De ahí que en el problema de la legalidad se encontrara la respuesta adecuada a nuestra pregunta de por qué la burocracia alemana siguió a Hitler.

Porque la subida de Hitler al poder no fue ilegal, a los ojos de la burocracia alemana. Tampoco lo fue para la gran mayoría del pueblo alemán, y menos aún para los gobiernos extranjeros, que continuaron sus relaciones diplomáticas,

sin considerar necesario un nuevo reconocimiento jurídico internacional, como habría sido preciso en caso de ilegalidad. Tampoco había ningún contragobierno frente a Hitler. Tal contragobierno no se instauró ni en suelo alemán ni en el exilio. La llamada ley de plenos poderes de 24 de marzo de 1933 descartó todas las dudas y tuvo el efecto de una legalización general y global, tanto retroactivamente, para los acontecimientos de febrero y marzo de 1933, como para todas las acciones futuras. El efecto legalizador fáctico y global de esta ley de plenos poderes fue tan amplio debido a que Hitler y su camarilla fueron confirmados en la posesión efectiva del poder en virtud de una ley del Parlamento que modificaba la Constitución. Ahora quedaban obstruidos todos los caminos para anular su toma del poder, y solo quedaba la débil esperanza de que el presidente del Reich, Hindenburg, pudiera estar tal vez en condiciones de destituir a Hitler y nombrar otro canciller del Reich. Pero si el temor a una guerra civil había sido un impulso tan fuerte para el sometimiento a Hitler, la esperanza de una destitución de Hitler por Hindenburg no podía significar gran cosa, pues todos sabían que el intento de realizarla habría desencadenado una guerra civil aún más peligrosa.

La sentencia del Tribunal militar internacional de Nuremberg de 1 de octubre de 1947 declara que "en 1934 todo el poder estaba en manos de Hitler". Para nuestro problema, este párrafo tie-

ne el mayor alcance. Pues con ello el poder de Hitler para toda representación positivista de la legalidad era mucho más que legal, era también la fuente de toda la legalidad jurídica positiva.

La ley alemana de funcionarios de 26 de enero de 1937 ocultaba su veneno totalitario partidista, especialmente el que contenía la cláusula general del artículo 71 relativa a los partidos políticos, bajo minuciosas normas y seguridades para la situación jurídica del funcionario alemán, tal como correspondía a los principios tradicionales sobre la materia. Así, desde fines de agosto de 1939 se derrumbaron, a consecuencia de la guerra, los últimos restos de la fuerza moral de resistencia de la burocracia alemana. En primer lugar, por la apelación lógica a las necesidades de una guerra total, y en segundo lugar, por la concentración de todo el poder estatal en manos de Hitler, que alcanzó ahora su grado más extremo. La legislación, la Administración y la justicia funcionaron con nuevas simplificaciones y abreviaciones, como un aparato de mando cada vez más desenfrenado. En los últimos años de la guerra surgió en la esfera de la economía de abastecimientos un nuevo concepto: la "orden", cuya característica esencial radica en que si la ordenanza representa una ley motorizada, la orden es una ordenanza motorizada. La motorización general es característica del puro funcionalismo de este dispositivo.

Es curioso que en el año 1942 sintiera nueva-

mente Hitler, en un acceso de su personalidad, la necesidad de una legitimación, y no solo en el sentido de su propia legalidad positivista absoluta, sino también una especie de legitimidad democrática. Esto tuvo entonces su expresión documental en dos declaraciones singulares. Una declaración del Reichstag, de 26 de abril de 1942 (*RGB,* 1, I, pág. 247), reconocía explícitamente que en tiempo de guerra Hitler tenía derecho a invalidar los derechos adquiridos de los funcionarios (como si en tal guerra total y en tal sistema no se hubieran formulado más reivindicaciones jurídicas que las relativas a los derechos de los funcionarios). Y una declaración del mismo Hitler, de 10 de mayo de 1943, prorrogó la ley de plenos poderes de 24 de marzo de 1933. Ambas declaraciones son sencillamente increíbles por la confusión de sus contradicciones internas. Pero demuestran con la mayor claridad que el mismo Hitler tenía, en definitiva, más interés en una cierta legitimación que en la propia existencia de un aparato que funcionaba con arreglo al concepto del Derecho positivo y que le obedecía como titular del poder del Estado y única fuente de toda legalidad.

II

Nuestro estudio tropieza siempre de nuevo con el concepto de legalidad, como medula del problema. Aquí está la clave para conocer el régimen de Hitler, al menos por lo que se refiere al

aspecto específicamente estatal del mismo. Además, se trata de una cuestión importante del desarrollo moderno. Aquí no hablamos de la juridicidad o antijuridicidad de innumerables disposiciones concretas, sino del problema del funcionamiento del régimen en su conjunto. Este es un problema sociológico sumamente actual, que bien merece ser tratado con toda objetividad.

Para ello tenemos que hacer notar una dificultad verdaderamente extraordinaria, la cual radica en que la palabra "legalidad" adquiere en el Estado moderno, organizado a fondo, una significación especial muy específica. Solo desde este punto de vista puede entenderse la historia de la burocracia alemana a partir de 1918. La legalidad de que aquí se trata no significa una mera manifestación concomitante externa, puramente formal, puramente jurídica, ni afecta a la significación del Derecho y la justicia por razón de su contenido. También hay que distinguirla de la legitimidad, tanto en un sentido conservador como en un sentido revolucionario. Ahora bien: las palabras "legal" y "legalidad" pueden significar de por sí todo lo que corresponda de algún modo a la palabra *lex*, y esta palabra *lex* tiene un contenido completamente diferente en las distintas épocas, en los distintos países y en las distintas formas de organización. Por tanto, tenemos que intentar superar, hasta cierto punto, la confusión casi babélica que aquí domina.

En un sistema moderno, es decir, industrializa-

do, bien organizado, con división del trabajo y altamente especializado, la legalidad significa un determinado método para el trabajo y el funcionamiento de los organismos públicos. La manera de tramitar los negocios, la rutina y los hábitos de los funcionarios, el funcionamiento hasta cierto punto calculable, la preocupación por la conservación de esta especie de existencia y la necesidad de "cubrirse" frente a una instancia que exija responsabilidades, todo esto forma parte del complejo de una legalidad concebida de una manera burocrático-funcionalista. Cuando un sociólogo como Max Weber dice que la "burocracia es nuestro destino", nosotros debemos añadir que la legalidad es el modo de funcionar de esta burocracia.

En los países en los que la burocracia estatal no tiene, o no tiene todavía, el monopolio de la gestión de los cometidos públicos, apenas se concebirá la transformación del Derecho en un modo de funcionar de los organismos públicos actuantes y tal vez no se entenderá en absoluto el cambio de sentido de la palabra "legal". Para un inglés o un norteamericano sin formación sociológica sería difícil aclarar la ilación de nuestro pensamiento. En el lenguaje anglosajón, la palabra "legal" tiene el mismo significado que "jurídico". Entre nosotros surgen las antítesis entre jurídico y moral, entre jurídica y políticamente posible y políticamente usual, pero en inglés no es expresable la antítesis tajante entre jurídico y legal que se encuentra en el fondo de nuestra

consideración. En cambio, en Francia, la patria del Derecho político y de las grandes codificaciones estatales, el aparato burocrático de los organismos estatales ha sobrevivido desde 1799 a media docena de cambios de régimen. En consecuencia, allí han surgido las formulaciones más agudas de una legalidad puramente formalista y funcionalista, en oposición al Derecho sustantivo y a la legitimidad histórica. Lamennais había pronunciado ya con toda precisión en el año 1829 la antítesis entre la legalidad y la legitimidad. Ya antes de la revolución de 1848 fue acuñada la conocida expresión de que la legalidad mata: *la legalité tue.* Esta frase pudo hacerse proverbial en Francia y en el idioma francés. En inglés apenas puede traducirse, lo cual se explica, porque en el siglo XIX los ingleses estaban mucho más alejados que los franceses de las líneas de tiro de la guerra civil europea. Inmediatamente después de 1848, el entonces presidente Luis Napoleón lanzó unas proclamas, en las que exhortaba "a abandonar la legalidad, para entrar de nuevo en el Derecho" *(de sortir de la légalité, pour rentrer dans le droit).* Desde 1900 aproximadamente, la oposición en Francia habla de un *pays légal,* frente al cual ella representa un *pays réel.*

Francia es el país de los legistas. Tiene una vigorosa tradición estatal centralista, pero también una importante abogacía libre y una clase de juristas que no se consideraba únicamente como parte de la administración judicial del Estado. Así se explica que sea en Francia donde se ha

formulado primero y con un sentido más tajante y más expresivo la separación entre el Derecho y la legalidad. También los párrafos del padre Laberthonnière, de los cuales partimos, solo pudieron pronunciarse con tanta agudeza en Francia. En cambio, en Alemania esta antítesis no ha llegado a la conciencia crítica hasta mucho más tarde, después que ya había encontrado sus repercusiones más masivas.

El Estado alemán era desde siglos atrás un Estado burocrático. Pero hasta el derrumbamiento de noviembre de 1918, el funcionalismo estatal puro, a pesar del positivismo dominante, estaba encubierto por el tupido velo de una doble tradición: la legalidad monárquico-dinástica y la descentralización federal. En noviembre de 1918 cayó la legitimidad dinástica. El desarrollo económico-industrial condujo a una creciente centralización. Finalmente, solo quedó la legalidad estatal como único fundamento jurídico del funcionamiento estatal. La legalidad se convirtió, como dijo Max Weber, en la única manifestación de la legitimidad.

III

Se ha dicho repetidas veces que los alemanes somos un "pueblo conmovedoramente necesitado de legalidad". También se nos ha reprochado a menudo que somos incapaces de realizar una justa resistencia contra la autoridad. Ciertamen-

te, hemos mostrado una capacidad especial para unir a la sumisión a la autoridad correspondiente un sentimiento interno de libertad. Aquí no necesitamos distinguir si de esto debe hacerse responsable a Lutero, a Kant o a quienquiera que sea. Por lo demás, no se puede dudar que los alemanes somos en un grado especialmente elevado un pueblo burocrático, con un sentimiento de funcionarios estatales muy generalizado. A esto se añade un vigoroso sentido para una disciplina tecnificada, para la especialización, para la delimitación de competencias y para el ideal de un funcionamiento sin fricciones.

Todo esto puede ser así. Pero la transformación del Derecho en legalidad, en un mero modo de funcionamiento de las autoridades estatales y de relacionarse los hombres que están sometidos a tales autoridades, ha dejado hace mucho tiempo de ser un problema específicamente alemán. Por todas partes domina el positivismo jurídico, lo cual significa el reconocimiento de la tesis de que el Derecho lo pone quien se impone de hecho. El positivismo jurídico no quiere decir otra cosa, sino la transformación del Derecho en una imposición de imposiciones. Es al propio tiempo el reconocimiento de la "fuerza normativa de lo fáctico", una especie interesante de fuerza que no solo se ha descubierto en Alemania ni solo a partir de 1933. Todavía en estos días (principios de diciembre de 1949), el representante inglés en la ONU ha declarado, con relación al reconocimiento del nuevo gobierno

comunista de China, que un reconocimiento jurídico internacional no tiene más que apoyarse en la realidad fáctica. La juridicidad del nacimiento no es una característica del poder estatal. Esto lo dijo el Tribunal Supremo alemán después del derrumbamiento de noviembre de 1918, refiriéndose a los consejos de obreros y soldados constituidos a la sazón. Pero esto es un lugar común, un tópico de los libros de texto y de los comentarios jurídicos. Un aparato estatal que funcione aficazmente es por ello mismo soporte del poder estatal y fuente de todo Derecho positivo.

Esta transformación del Derecho en legalidad es una consecuencia del positivismo. Es inevitable que se produzca tan pronto como una comunidad política se aleja de la Iglesia. Sociológicamente, es una parte del desarrollo de la era técnica industrial. Desde el punto de vista de la historia de la Filosofía, forma parte de la transformación del pensamiento-sustancia en pensamiento-función, transformación que hasta hace poco nos había sido ensalzada como un espléndido progreso científico y cultural. La terrible imagen a que da lugar una funcionalización integral de la humanidad ha sido mostrada aún en estos días, de una manera impresionante, en la revista *Universitas*, de Tubinga, por su director Serge Maiwald. Pero hace ya más de treinta años, un gran sociólogo alemán, Max Weber, había expuesto correctamente el diagnóstico así como el pronóstico. Ya hemos citado su párrafo sobre la buro-

cracia como destino. Como otro ejemplo de su magnífico pronóstico citaremos aún este otro pasaje de su obra *Economía y sociedad* (ed. española del Fondo de Cultura, México, 1921, páginas 511-12): "Pero como el Derecho y la práctica jurídica pueden configurarse bajo estas influencias, en todas las circunstancias su destino inevitable, como consecuencia del desarrollo técnico y económico, es la creciente valoración del Derecho vigente en un momento dado como un aparato técnico, racional y, por tanto, susceptible de transformarse en todo momento de una manera racional con vistas a algún fin, y desprovisto de contenido sagrado. Este destino, en virtud de la docilidad repetidamente aumentada por motivos generales, puede encubrirse en realidad en el Derecho establecido, pero no puede apartarse realmente del mismo." Estos párrafos de Max Weber no son fáciles de entender, pero a pesar de todo no son un oráculo, sino una prognosis sociológica.

A la transformación del Derecho en legalidad siguió inmediatamente la transformación de la legalidad en arma de guerra civil. Tampoco fue esto un invento alemán. Lenin lo había proclamado con plena conciencia y con toda acritud. Su obra del año 1920 *La enfermedad infantil del "izquierdismo" en el comunismo,* constituye a este respecto un documento tan decisivo que ahora resulta anacrónico todo análisis del problema de la legalidad que no tenga presente esta obra. Lenin dice: "Los revolucionarios que no saben com-

binar las formas de lucha ilegales con *todas* [el subrayado es del propio Lenin] las formas de lucha legales son unos revolucionarios sumamente malos."

Así es. Célebres filósofos y autores sobre leninismo y stalinismo han convertido estas tesis de Lenin en objeto de sus exégesis, con el resultado de que para ellos toda la legalidad se ha convertido en un instrumento táctico, en tanto que solo reconocen una única especie de legitimidad histórica, que es la de la revolución comunista. Esta legitimidad justifica para ellos toda medida y todo terror legal e ilegal.

Con esta aclaración hemos vuelto a nuestro punto de partida, al párrafo del padre Laberthonnière, según el cual la máxima "la ley es la ley" significa, en el fondo, lo mismo que la máxima "la guerra es la guerra". Esto se ve con más claridad aún cuando decimos: "La guerra civil es la guerra civil." Con mayor tristeza nos recuerda el padre Laberthonnière la larga serie de tribunales revolucionarios, tribunales de excepción, tribunales especiales, tribunales populares, audiencias e instancias que han actuado en el curso de la historia y en cuya mano la ley ha sido un instrumento de persecución y de venganza, y con la más profunda conmoción escuchamos después su asombrosa máxima: No comparo las víctimas, solamente comparo los jueces.

COLEGIO MAYOR ROSARIO
BIBLIOTECA

INDICE

INDICE

INTRODUCCIÓN ... ... *Pág.* IX

PRÓLOGO. *El sistema de legalidad del Estado legislativo frente a otros tipos de Estado (Estados jurisdiccional, gubernativo y administrativo)* ... 3

CAP. I. *El sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario:*

1. Estado legislativo y concepto de ley 25
2. La legalidad y la igualdad de "chance" para el acceso al poder político 40

CAP. II. *Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar:*

1. El legislador extraordinario "ratione materiae"; la segunda parte de la Constitución de Weimar como una segunda Constitución 59
2. El legislador extraordinario "ratione supremitatis". Su significación: la legitimidad plebiscitaria en lugar de la legalidad del Estado legislativo 94
3. El legislador extraordinario "ratione necessitatis". Su significación: la disposición o medida del Estado administrativo suplanta a la ley del Estado legislativo parlamentario 106

CONCLUSIÓN 137

APÉNDICE. *El problema de la legalidad* 157

BIBLIOTECA